# PRINCIPJ REGOLATORI DELLA COMPETENZA...

Gennaro Volpicelli, Borbone di Napoli casa

Digitized by Google

1907

BIBLIOTECA DELLA R. CASA
IN NAPOLI

N.° d'inventario 236 239
Sala
Scansia Palchetto
N.° d'ord. 25

Digitized by Google

Digitized by Google

II. 3. 11

Phil. E. 26.

Digitized by Google

Digitized by Google

547277

Pol. I. 26.

# PRINCIPJ REGOLATORI

DELLA

# COMPETENZA AMMINISTRATIVA

E DEI

## CONFLITTI DI ATTRIBUZIONE

OPERA

DI GENNARO VOLPICELLI

FU CAV. COSTANTINO

SOCIO DI VARIE ACCADEMIE

NAPOLI

STABILIMENTO TIPOGRAFICO DEL DANTE

1855.

Digitized by Google

Digitized by Google

*All' Eccellentissimo Signore*

# IL COMMENDATORE D. LUDOVICO BIANCHINI

**Direttore del Ministero e Real Segreteria di Stato dell' Interno**

---

*Signore*

FINO a che nel passato secolo rimase incerto e dubbioso, se il principio del concentramento di governo e di amministrazione sarebbe prevaluto su quel sistema di smembramento e di divisione dei pubblici poteri, fu veduto uno stato perpetuo di lotta tra le varie giurisdizioni, ciascuna delle quali tentava allargare oltre il dovere i propri confini. In queste permanenti collisioni ed usurpazioni reciproche, procedenti dalla mancanza di limiti certi e definiti, che facessero distinguere l' un dall'altro potere, era inabile la scienza a formolar con nitidezza e precisione i principi delle varie specie del contenzioso e della rispettiva competenza.

Ma quando avventurosamente il Principato uscì vittorioso da questa lotta, quando furono prostrate tutte le altre giudicature e gli altri poteri prevalenti ed oppugnatori, allora col nuovo codice surse un novello ordinamento, il quale dividendo in due parti massime le funzioni esecutive dello Stato, cioè l' amministrazione e la giudicatura, costituì la duplice gerarchia, ne determinò le rispettive funzioni, e piantò il principio salutare della loro reciproca separazione ed indipendenza. Potè solo allora la scienza venire sviluppando i principi, che fan distinguere le materie del contenzioso

Digitized by Google

amministrativo e quelle del giudiziario; e solo allora potè la legislazione farne una precisa enumerazione. E noi fummo forse tra i primi a godere di un tal beneficio con la legge del 21 marzo 1817, la quale proclamò i principî generali della competenza amministrativa.

Se non che, e pur mestieri convenire, che se questa legge contiene regole sane e razionali di competenza, nulla di meno il progressivo loro sviluppo, operato da circa trentacinque anni di giurisprudenza, le fa sembrare, sarei per dire, non del tutto sufficienti a dar soluzioni chiare e precise, nelle molteplici quistioni che tuttodì si presentano e che ingenerano frequenti conflitti. Ond' è, che se ci ha parte alcuna del dritto, la quale più che ogni altra meriti oggi di richiamare le investigazioni del pubblicista e del giureconsulto, ella è certamente quella che risguarda le norme ed i principî del contenzioso amministrativo. Imperciocchè, sebbene la separazione ed indipendenza delle due gerarchie sia un principio certo e fondamentale, pur tuttavia accadono frequenti scontri sopra quelle materie le quali, o sono di natura essenzialmente mista, od almeno tali rassembrano.

Per tal cagione, e nella penuria di opere dottrinali sul proposito, non ci ha cui non ravvisi di quanta utilità possa riuscire un libro il quale, facendo tesoro dello sviluppo arrecato dalla giurisprudenza, e ponendo in armonia la legge co' principî della scienza, presenti un trattato elementare di competenza amministrativa. Così operando, per quel legame intimo e razionale ch' è tra le varie branche del dritto, in virtù del quale lo studio speciale di ciascuna disciplina riceve compiuto esplicamento quando sia sussidiato da quello delle altre, un lavoro sì fatto intenderà a porre in più aperta evidenza la estensione ed i limiti, non della sola gerarchia amministrativa, ma altresì della ordinaria. Imperciocchè, a quel modo che il Dritto amministrativo acquista novello lume mediante la cognizione del Dritto civile, nella guisa istessa coloro che percorrono la via del foro han mestieri di conoscere e maturare i principî del primo, pel cui solo mezzo potranno determinare i caratteri co-

Digitized by Google

stitutivi e differenziali della contesa amministrativa dalla contesa ordinaria. Altrimenti, come mai potrebbe evitarsi lo sconcio di far battere alle parti false vie, e cagionar loro perdite talvolta irreparabili di tempo? — È sotto questo aspetto, che la esposizione dei principî scientifici della competenza amministrativa, su tutti quei punti nei quali la giurisdizione delle due autorità si urta o si assimila, è importantissima, sì per coloro che son chiamati a regolare l'azione amministrativa o giudiziaria dei litiganti, e sì ancora per gli stessi giudici che deggiono pronunziare sulla propria competenza.

Certamente, un corso di contenzioso amministrativo, esposto secondo le rigorose esigenze della scienza, richiederebbe una vasta e profonda intelligenza sì del pubblico che del privato dritto. I tentativi fatti sino ad ora tra noi, comechè commendevoli per taluni aspetti, non son tali però da soddisfare pienamente ai bisogni ed ai desiderî del foro. Aspettando quindi che altri, più di me versato in ambo le discipline, possa più avventurosamente dare opera ad un tanto difficile lavoro, ho divisato di pubblicare questo mio saggio teoretico e positivo, il quale possa preparare la via a più dotto scrittore.

Sceverando tutto ciò che possa esservi di soprabbondante, e tralasciando di parlare delle forme di procedimento, mi sono limitato ad esporre *I principî regolatori della competenza*, come quelli che costituiscono la vera materia importante e scabrosa di un corso di contenzioso amministrativo. Ho quindi diviso in due parti il mio lavoro. Nell'una ho trattato propriamente della competenza; e cominciando dall'esame dei principî, che legittimano l'esistenza di questa speciale giurisdizione, ne ho esaminata la natura, e sono poi venuto man mano esponendo le norme della competenza rispettiva per tutti quelli obbietti misti, sui quali va ad esercitarsi il movimento e l'azione delle due gerarchie, indicando per ciasciuna i proprî confini. Ne ho quindi fatta l'applicazione in altrettanti titoli separati ad ognuna delle materie più importanti, quali sono le acque, le strade ed altre pertinenze del pubblico demanio, i Demanî comu-

Digitized by Google

nali, e gli atti amministrativi. — Nella seconda poi, mi sono esteso a trattare scientificamente delle forme e degli effetti dei conflitti di attribuzione, su i quali non ancora, per quanto io mi sappia, si è parlato con quella estensione che la loro importanza comporta.

Se non che, nel porre a stampa questo trattato in una materia ch' è tra le più difficoltose delle legali discipline, non avrei avuto animo bastevole di avventurarlo alla pubblica censura, senza porlo all' ombra di un nome autorevole, la cui fama ed il cui sapere potessero far guardare con indulgenza quelle imperfezioni, che forse in esso si rinvengono. Una tale necessità può essermi di scusa valevole, se ardisco indirizzarmi a Lei, come a colui che per bellissime Opere di sapere e d'ingegno, e per luminosa carriera, raccoglie in sè doti eminentissime ed è, pel sublime uffizio che ora esercita, il proprio e natural censore di un libro, il quale strettamente risguarda le più gravi materie del suo Ministero.

Animoso quindi mi volgo a Lei, Ecc.° Signore, ed oso con fiducia sperare che si degnerà Ella accettare questo mio tributo, ed essermi con la sua protezione di conforto a più maturo esperimento.

*Di Lei,*

DEVOTISSIMO SERVO VERO
Gennaro Volpicelli

*Signor Commendatore.*

*Contro il mio stile abituale io non saprei rifiutarmi all'onore che Ella mi procura di dedicare a me l'Opera, che si fà a pubblicare per le stampe, riguardante la Competenza Amministrativa ed i Conflitti di attribuzione. -- Mi spiace solo che Ella con tal dimanda anzichè aggiungere fregio all'Opera suddetta, ha voluto fregiare il mio nome di un suo distinto lavoro. Di ciò Le rendo sentite grazie, e mi dichiaro con stima.*

*Napoli 13 Dicembre 1854.*

*Umiliss.mo Servo Obb.mo*
*Ludovico Bianchini.*

*Sig. Commendatore*
*Gennaro Volpicelli*
*Napoli.*

Digitized by Google

# PARTE PRIMA

## PRINCIPJ REGOLATORI

DELLA

## COMPETENZA AMMINISTRATIVA

# TITOLO PRIMO

## PRINCIPJ GENERALI IN ORDINE ALLA NECESSITÀ DELLA GIURISDIZIONE AMMINISTRATIVA, AL CRITERIO CONOSCITIVO DELLA SUA COMPETENZA, ED ALLA SUA NATURA.

## CAPO PRIMO

### Sviluppo dei principj sui quali poggia la giurisdizione amministrativa.

### SEZIONE 1.ª

Delle varie funzioni governative, e corollario conseguente in ordine alla loro distinzione.

§. *I.* — *Elementi inchiusi nel concetto dello Stato.*

§. *II.* — *Distinzione razionale tra le funzioni della sovranità.*

§. *III.* — *Indivisibilità logica di questo concetto.*

§. *IV.* — *Delegazione delle funzioni esecutive.*

§. *V.* — *Altra distinzione tra i poteri formali e le funzioni obbiettive.*

§. *VI.* — *Il potere giudiziario e l'amministrativo non sono che funzioni obbiettive.*

§. *VII.* — *Corollario circa la separazione ed indipendenza reciproca di queste due gerarchie.*

## §. I.

### *Elementi inchiusi nel concetto dello Stato.*

1. La società civile è la conseguenza necessaria della sociabilità, ossia di quella naturale tendenza di unificazione e di accomunamento delle forze, facoltà ed attività individuali, pel fine della comune convivenza nello stato di dritto. Questo stato di dritto può essere raffigurato come l'ordinato procedere con che si attuano e si manifestano le reciproche forze ed attività degl'individui, affinchè l'operosità di ciascuno non sia d'impedimento nè si scontri, ma si compenetri e si armonizzi invece con quella degli altri; dal quale limite necessario dell'umana attività si genera l'idea del *dovere giuridico*, ch'è il termine correlativo, o meglio l'elemento negativo del *dritto*.

2. Or da questa unificazione delle forze in un dato punto per la comune convivenza, secondo i limiti e le norme del dritto, comincia a formarsi il concetto dello *Stato*. Se non che, informe esso rimane senza un altro elemento che ne è il compimento indispensabile. Per conseguire il fine sociale della conservazione del dritto, ci ha bisogno di *mente*, *volontà* e *forza* suprema, raccolte in un centro unico e sublime, da cui possa essere regolata tutta l'attività sociale, nel senso da garentire e pareggiare la comune utilità mediante l'inviolato esercizio del dritto sanzionato. È questa la *Sovranità*, ossia quella personalità suprema dello stato, avente intelligenza, volontà e potere di mezzi pel conseguimento dei fini sociali; la quale costituisce il terzo elemento sostanziale del concetto dello *Stato*.

3. Ond'è che questo risulta dal concorso simultaneo di una triplice idea, cioè dall'*associazione*, dal *territorio*, dalla *Sovranità*. E può quindi definirsi, l'*associazione sotto il legittimo potere in un dato territorio pel fine della comune convivenza nello stato illeso di dritto*.

## §. II.

### *Distinzione razionale delle funzioni della Sovranità.*

4. La Sovranità, esaminata razionalmente, presenta una triplice funzione, nella quale, a guisa di un ciclo rientrante, perpetuamente si aggira in ogni istante della sua manifestazione. La prima sta in una perenne ed assidua ispezione di tutto l'ordine contingente e variabilissimo dei fatti umani, per regolarne e determinarne l'esercizio in armonia dei fini sociali. La susseguente sta nel proclamare le norme universali del dritto, che segnano i confini entro cui dee circoscriversi tutta l'attività sociale, nel rapporto della duplice specie di relazioni giuridiche, sì degl'individui tra loro, che degl'individui con la personalità complessiva dello stato. La terza ed ultima sta nell'applicazione incessante di quelle norme universali a tutti i fatti futuri. Queste tre funzioni sono tre forme diverse sotto le quali si manifesta ed opera la Sovranità, e che dan luogo alla distinzione generalissima e tutta formale dei tre poteri Sovrani, cioè potere *ispettivo*, potere *legislativo* e potere *esecutivo*, preso nella sua ampia ed universale significazione.

## §. III.

### *Indivisibilità logica di questo concetto.*

5. Son questi gli elementi sostanziali di una potestà unica ed indivisibile per sua essenza. In quella guisa che non può esservi un concetto adeguato dello *Stato* senza il concorso simultaneo dei tre

elementi sopradivisati, nella guisa medesima non può esistere *Sovranità* senza la riunione e la coesistenza di queste tre funzioni costitutive di essa. Non potrebbero concepirsi separate senza distruggere il concetto intimo della sovranità; perciocchè, sebbene siano esse tre forme o tre momenti di azione distinta, pure la loro unità ed indivisibilità risulta come una conseguenza indispensabile della loro intrinseca connessione. Unica adunque, individua, nè quindi divisibile o staccabile è la potestà sovrana, perchè una, semplice ed indivisibile è la intelligenza operante con volontà e potere coattivo. Se poi la sovranità si consideri non nella sua parte *formale*, ma nella sua parte *obbiettiva*, vale a dire relativamente agli *oggetti* su i quali spiega le sue funzioni, s' ingenererà allora un' altra divisione dei poteri, per quanti sono gli obbietti o i servigi pubblici e sociali cui debbesi provvedere; quindi si avrà il potere militare, il finanziero, il municipale, il giudiziario, ec.

## §. IV.

### *Delegazione delle funzioni esecutive.*

6. Nelle moderne monarchie ci ha una separazione materiale di fatto in ordine al potere esecutivo, il quale viene affidato a talune gerarchie subordinate, investite della potestà esecutrice per via di delegazione del Principato. La vastità degl' interessi e degli obbietti sociali cui debbesi provvedere con l' azione che spiega lo stato, e la moltiplicità delle contese e giudizî nascenti dalle collisioni dei dritti, tanto innumerevoli a petto della semplicità delle società antiche, e per dir così primitive, rendono impossibile al Principato, presso cui sta per sua essenza la sovranità, l' esercizio dell' amministrazione e della giudicatura, queste due specie massime ed obbiettive di una medesima funzione generica esecutiva. Ma questa stessa separazione non snatura, ma invece rende più certa e luminosa la intrinseca indivisibilità del potere sovrano; perciocchè, per giustificare questa scissione materiale, i pubblicisti son costretti a ricorrere al principio della *de-*

*legazione*, la quale inchiude in sè stessa l'idea di un mandato conferito da chi ha solo il diritto di delegare.

7. Da questa intrinseca indivisibilità procede un corollario di ragion politica, cioè che nelle monarchie la Sovranità, e quindi il Principato in cui essa risiede, può operar delegazione relativamente a quelle sole funzioni per le quali si verifica questa impossibilità materiale di esercizio, come son quelle di esecuzione.

## §. V.

### *Distinzione tra i poteri formali e le funzioni obbiettive.*

8. Una tale divisione dei poteri della Sovranità in *formali* ed *obbiettivi*, è assai più razionale e logica di quella che comunemente è stata adottata dagli scrittori. Fa anzi meraviglia il vedere come i moderni tuttavia perseverano, senza tener conto della funzione in sè stessa e dell'obbietto su cui si spiega, in quella vecchia divisione che pone ad un fascio il potere *giudiziario* col potere *legislativo* ed *esecutivo*. Quando vogliasi bene ed attesamente sceverare nella Sovranità ciò che si attiene al *modo* con che essa si svolge, da ciò che risguarda l'*obbietto* della sua azione, si trova evidente, che la prima triplice divisione dei poteri formali in questa personalità intelligente, di che ho fatto cenno, non può non corrispondere alle tre facoltà essenziali e primigenie con cui si manifesta l'attività nel soggetto umano, cioè la *cognizione*, la *volontà*, e l'*azione*: così si hanno i tre poteri *ispettivo*, *legislativo* ed *esecutivo*, i quali, come funzioni perpetue con cui si spiega la Sovranità, qualunque sia l'obbietto a cui intende, sono essenzialmente poteri formali.

## §. VI.

### *Il potere giudiziario e l'amministrativo non sono che funzioni obbiettive.*

9. Or male si allogherebbe logicamente in questa prima divisione anche il potere *giudiziario*, come qualche cosa di totalmente distinto, segnatamente dal potere *legislativo* ed *esecutivo*, secondo la comune opinione. Il potere giudiziario, preso genericamente, non è che della stessa natura e categoria del potere *esecutivo*, ossia *amministrativo*, considerato anche genericamente. Sono essi le due specie della medesima funzione esecutiva, le quali diventano generi relativamente alle loro rispettive suddivisioni: son funzioni parallele, ma distinte appunto dalla diversità dell'*obbietto* cui mirano. Ma poichè la funzione esecutiva della Sovranità non può essere mai così strettamente materiale, che non inchiuda la parte cognoscitiva e la parte intellettiva, così è, che per qualunque obbietto sociale, si troveranno, in ogni funzione esecutiva, riprodotte ed innestate le due altre funzioni della Sovranità, sebbene in un ordine più subordinato e concreto.

10. Ond' è che il potere giudiziario, ben considerato nelle funzioni che inchiude, non è in sostanza che una legislatura più concreta nella sua parte *statuente*, ed un potere esecutivo più speciale nella sua parte *coattiva;* siccome d'altro canto, nella sua parte *istruttoria*, si riscontra esattamente in quel terzo potere o funzione, da me posta nella divisione col nome di potere *ispettivo*.

11. Lo stesso si verifica quando prendiamo ad esaminare qualunque degli atti del supremo potere governativo, e che diconsi atti di esecuzione o di amministrazione: qualunque sia l'obbietto sul quale questo atto si manifesti, si troverà sempre a poter riconoscere in esso una informazione, un giudizio ed una esecuzione, non altrimenti che si rinvengono negli atti del potere giudiziario. Il quale fatto, se non si vorrà spiegare con la distinzione di ciò che ci ha di *obbiettivo*

nell'esercizio del potere, e di quel che ci ha di *formale*, si sarà tratto ad affermare o che tutto il governare non è che un perpetuo giudicare, e che quindi la funzione giudiziaria assorbe e comprende in sè tutte le altre, o che il giudicare si riduce ad una semplice funzione logica, e quindi che il potere giudiziario non sia realmente un potere.

12. Trovandosi adunque nel potere giudiziario riprodotte identicamente le stesse tre funzioni supreme ed indivisibili della Sovranità, che danno luogo alla prima distinzione razionale che io chiamo *formale*, è forza riconoscere che il carattere differenziale di questa funzione non può spiccare in quella divisione stessa, ma bensì in un' altra, nella quale si prendesse di mira, non più la forma con cui si pronunzia la potestà Sovrana, ma bensì la sua *materia*. Si fa chiaro in effetti, che siccome la sussistenza economica dello Stato, la custodia esterna di esso, la sicurezza interna e cose simili, sono gli *obbietti* diversi a cui la Sovranità dee provvedere, e costituiscono base di altrettante funzioni materiali, dette *finanziera*, *militare*, di *polizia*, ec.; così il dirimere le *contese* che insorgono sull' esistenza o sulla lesione dei dritti, è un altro obbietto importante delle cure Sovrane, che dà luogo alla funzione *giudiziaria*. Nè dee credersi che questo potere sia d' indole diversa dagli altri, sol perchè d'ordinario è pienamente delegato ad un ordine di funzionarî; perocchè tale delegazione non è essenziale alla sua natura, ma è solo consigliata dal bisogno delle politiche esigenze presso i popoli civili. Osserviamo di fatto, nei primi periodi delle nazioni, esercitarsi dagli stessi Sovrani la facoltà di giudicare; ed anche in questi nostri tempi inoltrati di civiltà ritenersi tal facoltà per alcune specie di contese, siccome vediamo presso di noi nelle contese *amministrative*, nelle quali può dirsi che la giurisdizione è in parte delegata ed in parte no, essendo al Sovrano riserbato il decidere nella seconda istanza.

## §. VII.

### *Corollario circa la separazione ed indipendenza di queste due gerarchie.*

13. Laonde diremo, che le due funzioni amministrativa e giudiziaria sono poteri *obbiettivi* e non *formali*; son due specie parallele di una medesima funzione della Sovranità, cioè l'esecutiva, ma distinte e separate dalla diversità degli *obbietti* su cui operano.

14. Or la diversità di questi obbietti, e l'esame della loro intima natura rispettiva, che ne rivela la differenza, è la base su cui poggia il principio della separazione tra le due funzioni *amministrativa* e *giudiziaria*; separazione che costituisce il fondamento del nostro ordinamento politico. Quì il principio intellettuale della *divisione del lavoro* riceve una piena e compiuta applicazione, perchè giustificato dalla necessità di rendere più omogenea e perfetta l'azione governativa per quelle materie o oggetti o servigi sociali, i quali presentano una evidente diversità di natura e di essenza. Per effettuare adunque questa divisione tra le parti diverse e distinte di questo perpetuo lavoro intellettuale e materiale, che si riassume sotto la espressione complessiva di *funzione o potere esecutivo*, la Sovranità dello stato, nell'operarne la delegazione, crea ed istituisce due gerarchie o ordini di funzionarî distinti e separati, e ne proclama la reciproca indipendenza; l'uno investito della funzione *amministrativa*, della *giudiziaria* l'altro: amministrazione e giudizio che rappresentano, come ho detto, le due parti massime e distinte dell'azione governativa.

## SEZIONE 2.ª

Della necessità di una giurisdizione amministrativa.

§. *VIII.* — *Ragioni storiche che impedirono nei passati secoli la perfetta distinzione tra l'amministrazione e la giudicatura.*

§. *IX.* — *Impossibilità conseguente della istituzione di una giurisdizione amministrativa. Collisione del foro regio ed ecclesiastico.*

§. *X.* — *Altre collisioni tra il foro regio ed il baronale.*

§. *XI.* — *Dalla diversa natura degli obbietti cui son delegate le due gerarchie, prende ora origine il principio della loro separazione ed indipendenza.*

§. *XII.* — *La giurisdizione amministrativa discende come un corollario conseguente di questo principio.*

§. *XIII.* — *Insussistenza delle obbiezioni contro l'istituzione dei tribunali amministrativi.*

§. *XIV.* — *Loro necessità e vantaggi.*

## §. VIII.

*Ragioni storiche che impedirono nei passati secoli la perfetta distinzione tra l'amministrazione e la giudicatura.*

15. Questo principio di reciproca indipendenza tra le due gerarchie amministrativa e giudiziaria, nè fu mai scientificamente formolato dagli antichi scrittori, nè d'altro canto potè mai manifestarsi ed acquistare una esistenza reale nelle istituzioni politiche degli scorsi secoli. Le monarchie feudali, essenzialmente viziose per lo smembramento del potere sovrano nelle Signorie locali, impedivano che potesse germogliare e delinearsi con contorni definiti un principio, il quale poteva soltanto spiegare la sua efficacia, quando il concetto della Sovranità si fosse purificato da tutto ciò che gli si attribuiva d'informe e d'inesatto. L'ordinamento feudale poggiava sopra il principio di una potestà essenzialmente patrimoniale. Lo stato costituito a feudi rappresentava tutto quanto un vasto patrimonio, smembrato e diviso in altrettante parti, quante erano le speciali costituzioni dei feudi: nè le sole terre infeudate, ma tutte le cose e le persone che in esse rattrovavansi, costituivano la materia e la sostanza di questo patrimonio, d'onde tutta quella serie di diritti reali e personali inerenti alle persone dei Signori, che colpivano e le cose e gli uomini del feudo. In questo dominio patrimoniale si riassumeva e compendiava ogni concetto di potere e di governo: nell'amministrazione di questo patrimonio consisteva il *jus imperii*, la potestà Sovrana, la somma di tutti i poteri politici; questa suprema potestà di gestione e di governo del patrimonio feudale, era l'unico principio che dominava tutti gli elementi dello stato e tutte le istituzioni politiche del tempo. Secondo questo informe ed inesatto concetto della Sovranità e dei suoi poteri costitutivi, quale era compatibile con quel vizioso ordinamento, è chiaro che la giudicatura, non che esser tenuta come una potestà uguale o parallela a questo eminente potere

amministrativo, dovea invece esser considerata come una delegazione di questo, come un potere secondario e subordinato, che da quel dominio riconosceva ogni sua autorità. Lungi dunque dal prevalere questo principio di rispettiva indipendenza, lungi dall'esser proclamata in massima o conosciuta la distinzione tra l'amministrazione attiva e la contenziosa, imperava allora, stante la confusione nell'esercizio del potere amministrativo e del potere giudiziario, un principio totalmente opposto, cioè che il potere contenzioso fosse una dipendenza ed una emanazione della potestà amministrativa, poichè questa sola riassumeva e rappresentava l'elemento vitale e costitutivo della Sovranità.

## §. IX.

### *Impossibilità conseguente della istituzione della giurisdizione amministrativa. Collisione del foro regio ed ecclesiastico.*

16. Nè tanto meno poi potè sorgere, per le allegate ragioni, la nuova divisione tra il contenzioso amministrativo ed il contenzioso ordinario, la quale può e dee discendere come una conseguenza diretta del principio d'indipendenza tra l'amministrazione e la giudicatura: non essendosi nè confessata nè dichiarata in massima una tale indipendenza, di ogni secondaria distinzione veniva soffocato il germe. — Oltre a ciò, possiamo aggiungere un'altra speciale ragione nascente da quella confusione negli ordini delle giurisdizioni, generata da quella lotta perpetua sostenuta dal potere regio.

17. Il campo ove più acerbamente lottarono i varî poteri che nel medio evo tentavano di ricostruire sopra nuovi elementi l'edificio sociale, fu certamente quello delle quistioni giurisdizionali e delle prevalenze di Foro. Io non parlo del potere municipale, il quale soffocato dall'incredibile incremento delle infeudazioni, rimase inavvertito ed impotente ad entrare in questa vigorosa collisione, insino a che le monarchie non cercarono di vivificare questo potentissimo elemento per infiacchire la soverchiante potenza feudale. Le tre giudi-

cature che singolarmente contrastaronsi il potere contenzioso, furono il foro regio, il foro ecclesiastico ed il foro baronale. Per verità la Chiesa, in quello stato di dissoluzione venuto dalle immigrazioni settentrionali, adempì e raggiunse il grande scopo sociale di preparare gli elementi di una nuova civiltà: ricoverando essa sola nel suo seno il tesoro dell'antica dottrina e dell'antica scienza, ed operando con armonia di forze e con unità d'azione, maturò e diffuse i germi del nuovo sapere e della nuova letteratura, mitigò gradualmente la ferocia dei costumi e la sfrenatezza del dominio signorile. Il foro ecclesiastico adunque, dovizioso per tutta l'antica scienza e per tutte le antiche formole e tradizioni giudiziarie, arricchito dalla successiva legislazione della Chiesa, allargò a buon diritto i confini della sua competenza, perchè solo offeriva una tutela dei diritti ed ispirava fiducia e venerazione.

18. Ma quando costituitasi tra noi la monarchia, i Principi cominciarono ad operar con vigore per comporre l'unità dello Stato e per costituire un centro di potere e di azione, tentando di piegare a questo grande scopo nazionale tutte le forze dei poteri singolari, allora sorse il foro regio, il quale da piccoli principi cominciò insensibilmente il tentativo di restringere il campo della giurisdizione ecclesiastica. Ond'è che da quel punto s'iniziò uno stato di opposizione tra le due giudicature, uno stato, dirò così, di lotta tra la Chiesa ed il Trono, tra queste due Supreme potestà sociali, cui è commesso il governo degli stati civili. — Sotto le due prime dinastie ben si raggiunse il divisamento di costituire un governo forte e centrale. È noto sul proposito l'atto dichiarativo di Ruggiero, il quale proclamò il principio, che sola ed unica autorità nel territorio dovea reputarsi quella del Re, e che da lui solo emanasse ogni giurisdizione. Ed in verità la istituzione del Supremo tribunale della Magna Curia e dei tribunali minori sono la fedele espressione di un tale ordine di cose, e rendono indizio e dimostrazione del progresso e dell'ampliazione di potere del foro regio. Ma sotto le dinastie successive, e durante il viceregnato, la Monarchia ebbe a soffrire tutte le opposizioni e gli os ta-

coli che i poteri esterni ed interni le opposero, i quali ne infiacchirono e snervarono l' autorità, più che non la rinvigorirono. Allora più acerbe si riprodussero le lotte di giurisdizione, insino a che ebbero termine col Concordato fatto nel 1741 con Benedetto 14.° mediante il quale fu collocato ciascun foro nei suoi veri cancelli, delineandosi i limiti rispettivi con regole fisse ed invariabili.

## §. X.

### *Altre collisioni tra il foro regio ed il baronale.*

19. Non diversamente operò la Monarchia rispetto al foro baronale, cercando di reprimerne la sfrenata indipendenza con limitarne la giurisdizione. La dichiarazione di massima di Ruggiero, che proclamò essere il Re l' unica fonte di ogni giurisdizione, distrusse il principio fino allora invalso, cioè che i baroni la esercitassero per proprio dritto. Fu questo il primo colpo vigoroso che ferì vitalmente il principio di esistenza del foro feudale, e che ne preparò la compiuta distruzione. Le dinastie normanna e sveva si mantennero salde in questo divisamento; ma non così le successive, per le cagioni accennate di sopra. Se non che, la natura viziosa speciale della giurisdizione feudale, fu quella che ne affrettò la rovina, facendo rimaner vittorioso il foro regio. Le giurisdizioni baronali erano magistrature locali ed indipendenti tra loro, senza alcun tribunale superiore, e senza alcun centro che le collegasse: quindi mancavano di unità di dottrine e di principî, e di una qualunque giurisprudenza che accreditasse l'esercizio di questa giudicatura. E mentre il foro regio cresceva sempre più in fama, veniva man mano consolidandosi nella sua autorità, e progrediva per la sua unità di dottrina e di massime, il feudale all' opposto screditavasi di giorno in giorno e perdeva ogni appoggio nella opinione; per modo che al terminare del viceregnato, riuscì agevole all' ultima e presente dinastia abbattere una istituzione poggiata unicamente sul principio dell' ar-

bitrio e delle sfrenatezze signorili, nè sussidiata da alcuna specie di pubblico favore.

20. Ora, durante questo stato secolare di lotta e di contrasti tra queste diverse specie di giurisdizioni, come mai avrebbe potuto farsi strada o proclamarsi una distinzione qualunque tra la giurisdizione ordinaria e l'amministrativa? Fino a che il foro regio dovette sostenere una lotta perpetua contro le altre giurisdizioni che gli si opponevano come emule, mancogli ogni opportunità per operare una divisione, la quale poteva soltanto aver luogo quando la integrità del suo potere esclusivo non fosse stata più messa in dubbio. Se non che è osservabile, che a misura che la giurisdizione regia riceveva incremento di forza e di autorità, la stessa natura delle cose andava preparando, se non con una proclamazione di massima, almeno nel fatto, una specie di distinzione tra le contese di natura privata e quelle d' interesse pubblico. Ed in fatti, una distinzione non dubbia di competenza cominciò a poco a poco ad insinuarsi nell'antico foro in ordine a ciò; perciocchè mentre tutte le contese ordinarie venivano a concentrarsi sotto la giurisdizione della G. C. della Vicaria e del S. R. C., d'altra parte poi tutte le altre contese che ora si qualificano come contenziose amministrative, e singolarmente le quistioni d'indole finanziera, cominciarono a poco a poco a raccogliersi sotto la competenza della R. Camera della Sommaria. Ed oltre a ciò, a misura che più si manifestava la differenza specifica tra queste due specie di contese, altre magistrature eccezionali s' istituirono, le quali sottraevano per un principio di speciale delegazione le contese d'indole amministrativa dalla giurisdizione ordinaria. Per modo che, analizzando la storia dell'antico foro, possiam dire, che se non mai fu formolata o proclamata in massima la separazione del contenzioso amministrativo dal giudiziario, lo stesso andamento naturale delle cose ne avea però preparate e stabilite le basi.

## §. XI.

*Dalla diversa natura degli obbietti cui son delegate le due gerarchie, prende ora origine il principio della loro separazione ed indipendenza.*

21. Il principio costitutivo ed organico delle due gerarchie amministrativa e giudiziaria, le quali come abbiam notato sono le due parti massime della funzione esecutiva della Sovranità, consiste nella loro compiuta separazione e reciproca indipendenza. Esigenze di ordine pubblico, ragioni di altissimo interesse comandano imperiosamente che per tutte le vie sia mantenuta una tale divisione del potere esecutivo, dalla quale procede l' armonia nell' azione governativa. Ed in effetti, due ordini di relazioni giuridiche costituiscono il campo di azione ove vive ed opera l'individuo nello stato sociale. Il primo ordine consiste in quella serie di dritti e di doveri che vanno a collocarsi sotto due idee fondamentali, la proprietà e la famiglia: da questi due elementi essenziali, primitivi, originarii dello stato sociale, e preesistenti ad ogni politica associazione, scaturiscono tutti quei rapporti di dritti e d' interessi meramente privati ed individuali tra uomo ed uomo; rapporti ed interessi dichiarati, tutelati e garentiti dalla legislazione civile privata. — Il secondo ordine di relazioni poi sta in un' altra serie di dritti e di doveri, che colpiscono l' individuo nei suoi rapporti con l' intero soggetto collettivo dello stato: la ripartizione ed esazione delle pubbliche imposte, i servigi e sussidi militari, le coscrizioni, le restrizioni imposte alla proprietà per l'interesse dello stato, com' è l'espropriazione per causa di utilità pubblica, le regole pel governo dei boschi, le bonificazioni, ecc.; ed altri innumerevoli oggetti di pubblica amministrazione, ingenerano negl' individui quelle relazioni giuridiche di stato, d' indole e natura diversa dalle semplici relazioni private, e che vengono regolate e diffinite dal dritto pubblico interno. A questi due ordini

di giuridiche relazioni, a queste due parti distinte di legislazione, corrispondono appunto le due gerarchie, delegate ed istituite per operare in due sfere di azione distinte e separate essenzialmente.

22. Ora il principio politico fondamentale della proprietà e della famiglia sta nella inviolabilità dei possessi e dei legittimi godimenti delle cose, e nella sicurezza dello stato e dei dritti familiari. A garentire e tutelare questa inviolabilità e questa sicurezza è delegata la gerarchia giudiziaria, sotto la cui alta protezione sta la proprietà e la famiglia. Di quì la piena delegazione della giudicatura; di quì la compiuta indipendenza dei suoi atti dal potere amministrativo. — Ad equilibrare poi le funzioni e l'azione governativa, lo stesso principio d'indipendenza, per parità di vedute politiche, garentisce gli atti della gerarchia amministrativa da qualunque ingerenza della giudiziaria, la quale non potrebbe invadere la sfera di azione a quella segnata. Adunque il principio politico fondamentale del nostro sociale ordinamento è la profonda ed inviolabile divisione ed indipendenza scambievole tra questi due poteri di esecuzione. Ambedue separati ma paralleli, nè l'uno all'altro subordinato, deggiono procedere senza quegli scontri e quelle lotte, le quali, rendendo incerti e malsicuri i dritti individuali, turbano l'azione e la vita dello stato, rompono l'armonia vicendevole delle pubbliche funzioni.

## §. XII.

### *La giurisdizione amministrativa discende come un corollario conseguente di questo principio.*

23. Dal principio della scambievole separazione ed indipendenza di questi due poteri, deriva per una necessità logica e politica, che la gerarchia investita dell' azione amministrativa debba esercitare anch' essa una potestà contenziosa, per distruggere gli ostacoli che si frappongono all' esercizio della sua azione medesima. — La ripartizione dei pubblici pesi; la celere e compiuta esecuzione delle obbli-

gazioni imposte su i beni e le persone; i provvedimenti d' interesse generale per far fiorire l' agricoltura , le industrie ed il traffico ; i progetti e la esecuzione delle opere e lavori pubblici, delle strade, canali, porti, edifizi pubblici; la gestione e tutela della pubblica proprietà, gli appalti degl'imprenditori per ogni maniera di servigi pubblici: questi ed altri moltissimi sono gli obbietti che entrano nel campo del suo potere. Su tutti questi obbietti l' azione amministrativa si spiega con quella triplice funzione inerente ad ogni atto, ad ogni operazione dell' essere umano, cioè l' ispezione, la statuizione , l' esecuzione materiale. Ed è poi nella sua intrinseca natura, che in questa triplice funzione essa proceda con una operosità tutta libera, spontanea e celerissima; perciocchè ogni ritardo nel provvedere ai pubblici servigi, ed agli obbietti di pubblica amministrazione, può mettere in pericolo la vita e la sicurezza dello stato.

24. Or nel movimento perenne ed incessante della sua azione, bene spesso essa s' imbatte e si scontra con interessi individuali , i quali ne impacciano e ne sospendono il cammino: e quando questi interessi si manifestano e si elevano in forma di *diritti*, insorge allora una contesa giuridica, e diviene indispensabile procedere ad un esame solenne, ad un giudizio rituale di questa collisione. Se dunque per rimuovere l'ostacolo dei dritti che si frappongono alla libertà del suo movimento , dovesse il potere amministrativo sottoporsi al potere giudiziario, diverrebbe da un lato impossibile l'amministrazione, e dall'altro si lederebbe il principio della indipendenza, la cui inviolabilità costituisce, come si è detto, la base fondamentale dell' ordinamento politico.

25. Ponghiamo a modo d'esempio , che diversi tribunali di prima istanza, i cui territori debbono essere attraversati da una strada pubblica che vogliasi costruire , fossero investiti del diritto di pronunziare sulla utilità e sulla direzione di questa strada , su i reclami che posson prodursi dai privati proprietarî , ecc. ; e si ravviserà allora ad un tratto l' impossibilità di potervi dare una rapida esecuzione. Si moltiplichino questi esempî per tutti gli altri obbietti della pubblica

amministrazione, si faccian soggiacere allo stesso destino tutte le altre misure d'interna amministrazione, e si scorgerà lucidamente che l'intervento dell'autorità giudiziaria nella valutazione degli atti e delle operazioni dell'amministrazione attiva, e nella decisione delle contese giuridiche cui tali atti e tali operazioni possono dar luogo, renderebbe impossibile l'esercizio dell'azione amministrativa, poichè ne sospenderebbe ad ogni istante il libero movimento. Sarebbe mai ragionevole e politico che l'amministrazione in simiglianti circostanze fosse costretta di ricorrere ai tribunali? potrebbesi mai, senza grave pericolo, sottoporre la cosa pubblica alle forme lenti e solenni delle ordinarie giurisdizioni? — D'altra parte, se la gerarchia amministrativa non avesse il dritto di eliminare con propri magistrati tutte le difficoltà che arrestano le sue operazioni, sparirebbe ogni concetto del suo potere; dappoichè, obbligata a sottomettersi alle decisioni dell'autorità giudiziaria che pronunzierebbe su i reclami privati, incontrerebbe ostacoli in tutte le sue disposizioni, e l'amministrazione nel fatto cadrebbe tra le mani di questa autorità. Ma l'amministrazione, poichè agisce in un interesse generale, sia per la difesa e la incolumità dello stato, sia per l'osservanza dell'ordine, sia per l'applicazione generale delle leggi e per la esecuzione delle misure di pubblica utilità, non può nè deve incontrare alcun ostacolo che da sè medesima non possa legalmente distruggere. Ond'è che per l'intrinseca natura del potere amministrativo, la sua azione trae seco necessariamente una giurisdizione speciale, diretta a giudicare su i diritti privati che si elevano contro le sue operazioni.

## §. XIII.

### *Insussistenza delle obbiezioni contro l'istituzione dei tribunali amministrativi.*

26. Di niuna forza paionmi i rimproveri scientifici che si son voluti muovere contro la giurisdizione amministrativa, assumendo innanzi tutto esser cosa pericolosa vedere l'amministrazione giudice nella propria causa. Con questo modo di argomentare si rafligura e si assimila impropriamente l'interesse pubblico dell'amministrazione ad una parte privata che contenda; e perciò si cade nell'errore di attribuire all'amministrazione, il cui scopo è sempre quello di un interesse pubblico e complessivo, le meschine e piccole passioni d'individualismo che si manifestano necessariamente nelle contese di privato interesse. Ma l'amministrazione, per la sua intrinseca essenza, non ha mai un interesse opposto a quello degli amministrati, nè trae alcun pro dall'esecuzione di una misura qualunque, la quale è sempre provocata da vedute d'interesse generale e complessivo degli amministrati stessi. Questa argomentazione potrebbe avere un'apparenza di validità nella ipotesi di un amministratore indotto alla corruzione e spinto a qualche misura da considerazioni di famiglia, di amicizia, di patrocinio: in tale ipotesi non è però che tutta l'amministrazione abbia spiegato un partito nella contesa, ma solo che un particolare amministratore ha un'interesse a farla decidere in diverso senso. Ora, ad evitare simili inconvenienti, o anche gli errori nei quali può esser possibile di cadere, è istituito il doppio grado di giurisdizione, in virtù del quale si ha dritto a reclamare ad un tribunale superiore, estranco a qualunque influenza locale, e che trovasi per dir così, fuori il seno dell'amministrazione.

27. Nè poi di maggior peso può essere l'altra osservazione tratta dallo *spirito di corpo* che anima tutt'i membri dell'amministrazione, il quale, dicesi, può influire sulla decisione dei ricorsi contro gli atti

e le sentenze del tribunale inferiore. Se sotto quella espressione vogliasi intendere un concepimento sistematico che tenda con stabilità di vedute verso un oggetto ed uno scopo utile, dovrà convenirsi che questo spirito di corpo è essenziale all'amministrazione, la quale potrà ottenere importanti e proficui risultamenti nel senso della utilità generale, sol quando sia diretta da fermezza ed unità di scopo e da andamento stabile e costante nella esecuzione. Se poi con quella espressione vogliansi intendere quelle false preoccupazioni che inducono a mancanze ed errori, è ciò smentito dalla esperienza giornaliera, la quale prova che lo spirito dei corpi amministrativi non impedisce al tribunale superiore di riformare gli atti degl'inferiori, del pari che lo spirito della gerarchia giudiziaria non è di ostacolo alle G. C. civili ed alla S. Corte di Giustizia di riformare le sentenze e decisioni dei tribunali sottoposti. Al che si aggiunge, che la più salda guarentigia sta nell'approvazione sovrana che debbe accompagnare la decisione di secondo grado: innanzi al Capo Supremo dello stato, collocato nel più sublime punto sociale, e da cui emanano tutt' i poteri pubblici, spariscono le preoccupazioni e gl' interessi d' individualismo e di corpo.

## §. XIV.

### *Loro necessità e vantaggi.*

28. L' istituzione della giurisdizione amministrativa adunque è a tenersi come un vero progresso sulle antiche istituzioni politiche, perchè essa dà nel tempo stesso all'interesse privato ed all' interesse pubblico quella sicurezza, che non sempre può sperarsi quando è un solo uomo che giudica ed amministra. Generalmente parlando, è sempre il movimento dell' azione amministrativa sulle cose e sulle persone che dà luogo alla contesa amministrativa: or la legge dà la più valida guarentigia allorchè, in vece d'investir della cognizione lo stesso amministratore, il quale sebbene valuti con imparzialità gl'interessi col-

lettivi, può nondimeno trovarsi prevenuto quando si tratta dello interesse privato, ha creduto più saggio partito di attribuire questo potere contenzioso dell' amministrazione ad un collegio e a giudici speciali, affine di garentire alle parti, che non sarebbero giudicate sopra semplici rapporti o istruzioni prettamente amministrative o *burocratiche*, ma con quelle solennità collegiali di esame, di discussione e di forme giudiziarie. Con questo ingegnoso concepimento vengono conciliati e salvati i due fini cardinali da conseguirsi, cioè la inviolabilità del principio di separazione e d' indipendenza tra le due gerarchie amministrativa e giudiziaria, e dall' altro la istituzione di giudici amministrativi che sieno distinti dall' amministratore.

# CAPO SECONDO

## PRINCIPJ DI RAGION PUBBLICA, DETERMINANTI IL CRITERIO CONOSCITIVO DELLA COMPETENZA AMMINISTRATIVA.

### SEZIONE 1.ª

Fluttuazione nel formolare il principio della competenza.

§. *XV.* — *Difficoltà nel determinare una formola esatta e scientifica.*

§. *XVI.* — *Analisi della opinione del Laferrière. Inutile moltiplicità delle condizioni da lui richieste.*

§. *XVII.* — *Esame della opinione del Manna. Sua inesattezza nello scambiare* l' interesse pubblico *con la* persona pubblica.

§. *XVIII.* — *Semplicità della formola contenuta nella nostra legge del 21 marzo 1817. Concorso simultaneo dell'* oggetto amministrativo *e dello* interesse pubblico.

§. *XIX.* — *L'esistenza dell' interesse pubblico trae seco necessariamente quella di un oggetto amministrativo; ma non viceversa.*

§. *XX.* — *Sviluppo dell' interesse pubblico* diretto *ed* indiretto.

§. *XXI.* — *Inopportunità di una osservazione dell' Echaniz.*

## §. XV.

*Difficoltà nel determinare una formola esatta e scientifica.*

29. In gravi difficoltà si sono imbattuti gli scrittori di dritto amministrativo, e molto da essi si è disputato per istabilire con precisione una formola scientifica, che contenesse il vero criterio cognoscitivo della competenza amministrativa. Ma bisogna convenire, che non ostante i loro lodevoli sforzi, non ancora si è pervenuto a fissare una regola semplice, la quale potesse divenire di facile applicazione nelle quistioni pratiche, e fosse accessibile a tutte le intelligenze. Per verità, non è a maravigliare che una tale incertezza siesi verificata tra gli scrittori francesi, perciocchè, mancando in Francia una legge testuale che stabilisca i caratteri differenziali tra i giudizi amministrativi e gli ordinarî, si è dovuto man mano fissare per opera della sola giurisprudenza, massime di quella del Consiglio di Stato, un corpo di dottrina, che togliendo le tante fluttuazioni, presentasse principî stabili e permanenti. Ma parmi poi strano che la medesima fluttuazione ed incertezza siesi manifestata dagli scrittori tra noi, i quali possediamo la legge del 21 marzo 1817, ov' è racchiusa una formola chiara, nitida e facile, che agevolmente può applicarsi a tutt' i fatti speciali ed a tutte le particolari quistioni di competenza. Una tale discordanza tra i nostri scrittori, a mio credere, è derivata dall' aver piuttosto voluto seguire i principî vacillanti della primitiva giurisprudenza francese, anzi che attenersi alla regola semplice contenuta nell' art. 3 della mentovata legge.

30. Veramente io non nego che, non ostante la semplicità della formola scientifica della nostra legge, molte difficoltà s' incontrano nel foro, quando si vuol diffinire e determinare la vera natura di un giudizio; ma sì fatte difficoltà che appariscono nella pratica, e che giornalmente ingenerano i conflitti di attribuzione, non mutano per nulla la verità e la semplicità del principio teoretico, il quale,

quando sia bene sviluppato e compreso, farà svanire in gran parte i dubbî che ad ogni passo si elevano: tanto più che questi dubbî derivano in gran parte, dal perchè nel fatto le quistioni che dan luogo alla diffinizione della competenza, sono quasi sempre miste e complessive, val quanto dire, che le quistioni di competenza ordinaria e d' interesse puramente privato, si celano e confondono con altre d' interesse pubblico e di competenza amministrativa, o viceversa. Ora in tali casi nulla riuscirà più facile, quanto lo sceverare l' una specie di quistioni dall' altra, sol che si abbia per guida un principio semplice, il quale con caratteri invariabili formoli scientificamente la competenza amministrativa: nel che si riuscirà più agevolmente, quando in luogo di moltiplicare le condizioni astratte che si credono necessarie dagli scrittori per legittimare la competenza amministrativa, se nè semplifichi all'opposto il principio.

## §. XVI.

### *Analisi della opinione del Laferrière. Inutile moltiplicità delle condizioni da lui richieste.*

31. Il Laferrière nel suo Corso di dritto pubblico ed amministrativo (1), esige tre caratteri come condizioni elementari del contenzioso amministrativo, cioè i seguenti: 1.° che vi sia un atto speciale o un fatto da parte dell' amministrazione; 2.° che il reclamo contro un tale atto si fondi sopra un dritto acquistato; e 3.° che questo reclamo si riferisca ad un interesse dell' ordine amministrativo. Ora di queste tre condizioni, la prima non è essenziale al concetto della contesa amministrativa, anzi non serve ad altro che a moltiplicare le difficoltà nella pratica. La seconda non è necessaria, se non quando si voglia stabilire il carattere differenziale tra la *contesa* amministrativa, ed il semplice *reclamo* amministrativo; non già

(1) Tomo 2.°, Parigi, 3.ª ediz. p. 693.

quando si voglia determinare il criterio della competenza rispettiva tra le due gerarchie.

32. In effetti, relativamente alla prima, io osservo non essere affatto necessario un atto o un fatto dell' amministrazione pubblica, per darsi luogo alla contesa amministrativa. Possono esservi giudizî che nascono tra semplici privati, tra privati e corpi morali considerati come persone, ed esservi luogo alla competenza amministrativa, senza che vi sia stato verun atto o verun fatto dell' amministrazione che li abbia cagionati, o che richiami questa specie di competenza. Pongasi, a modo di esempio, che un privato s' impossessi di un corso d' acqua pubblica, e che con questo fatto tolga o rechi nocumento ai dritti di uso dei ripuarî, i quali per legge hanno la facoltà di usare dell' acqua corrente: in questo caso possono gli usuarî provocare un giudizio contro colui che si è impadronito della corrente, giudizio che per sua natura rientra nella competenza amministrativa, siccome si vedrà. Ora, nel caso figurato, non solamente non vi è alcun atto o fatto dell'amministrazione che provoca il giudizio, ma invece è il fatto del privato che vi dà origine, e che promuove le opposizioni e le azioni degli altri interessati. Questo e moltissimi altri esempi, che possonsi moltiplicare all'infinito, chiariscono che il fatto o l' atto dell' amministrazione non è affatto sostanziale per provocare la competenza amministrativa; che questo atto o questo fatto è possibile che vi sia, ma non è già l' elemento o la condizione necessaria per darsi luogo a contesa amministrativa. La sola materia è quella che costituisce base e fondamento della giurisdizione, ed è perciò l' oggetto unico che debbesi esaminare per decidere la quistione di competenza. Se si ritenesse il fatto o l' atto dell' amministrazione come condizione indispensabile, si stabilirebbe una teorica troppo restrittiva da un lato, ed assurda e pericolosa dall' altra; nè si dileguerebbe quella confusione ed incertezza che tuttodì s' incontra nella pratica quando si vuol diffinire una quistione di competenza.

33. In quanto poi alla seconda condizione, credo inutile dimostrarne qui la inopportunità, la quale risulterà chiaramente da quan-

to sarò per dire nel seguente paragrafo; perciocchè questa condizione, come ho cennato, può avere importanza, e diventa anzi necessaria quando, nel medesimo ordine delle cose d' interesse amministrativo, si vogliano distinguere i casi che dan luogo al reclamo, da quelli che provocano la contesa.

## §. XVII.

*Esame della opinione del Manna. Sua inesattezza nello scambiare l' interesse pubblico con la persona pubblica.*

34. Nè una maggiore esattezza ravviso nei caratteri del contenzioso amministrativo che ha stabiliti il Manna (1), il quale sostiene che le due condizioni necessarie perchè esista un giudizio di contenzioso amministrativo sono, che uno almeno dei contendenti sia *persona pubblica* rappresentante un interesse pubblico, e che la materia controversa sia un oggetto di amministrazione pubblica. La prima condizione non parmi affatto necessaria, e si riproduce contro di essa la medesima osservazione fatta contro quella stabilita dal Laferrière. Il giudizio amministrativo non suppone indispensabilmente una contesa tra la persona pubblica, ossia l'amministrazione, ed un terzo; l'amministrazione può non esser parte *diretta* nel giudizio, può non intervenire come *parte contendente*, siccome avverrebbe nel caso di sopra figurato. Può nascere la contesa tra due privati, tra due stabilimenti pubblici, tra una persona morale ed un privato, e può versare sopra un oggetto di pubblica amministrazione e d'interesse pubblico; allora una tale contesa diviene amministrativa, e perciò di competenza amministrativa, appunto perchè la materia contesa è un oggetto di pubblica amministrazione, ma non già perchè vi è la persona pubblica nel giudizio; allora l'oggetto non essendo d'interesse privato, ma pubblico, provoca necessariamente la competenza eccezionale, ed è indifferente

(1) Dr. Amm. V. 1.° p. 413.

che la persona pubblica intervenga o pur no nel giudizio. Questa condizione adunque, lungi dal semplificare il criterio cognoscitivo della competenza, non fa che apportarvi confusione e renderlo inesatto.

35. Lo stesso autore comprende così bene la inesattezza di questa condizione da lui qualificata come indispensabile, che nel corso del suo ragionamento, quasi, sto per dire, ritratta la necessità di una tale condizione, o almeno cerca presentare sotto la stessa forma una diversa idea più giusta, col dire. « In questo luogo *persona* si riferisce dirittamente ad *interesse*, e dicendo *persone che appariscono in giudizio*, intendiamo dire *interessi che vengono in contrasto*, e che han mestieri di esser definiti mediante un giudizio. » Ma io osservo, che altro è dire esser necessario per la competenza amministrativa, che *uno almeno dei contendenti sia persona pubblica* ( sono le sue proprie parole ); ed altro è poi il dire, che nel giudizio amministrativo vi è l' *interesse pubblico*: la prima idea è inesatta, anzi, parlando più francamente, è falsa; la seconda è vera, perchè quando sorga una contesa sopra un oggetto di pubblica amministrazione e che sia d' interesse pubblico, diventa legittima la competenza eccezionale, ancorchè le sole persone private contendano in giudizio. In effetti, sebbene possa dirsi, che quando nasce una contesa tra due privati sopra una materia qualificata come oggetto di pubblica amministrazione, non altro si manifestino che rapporti o relazioni meramente private e di esclusivo interesse individuale dei contendenti, pur nondimeno una tale contesa può toccare essenzialmente l' interesse dell'amministrazione generale, ed il diritto della pubblica amministrazione. Vi è un interesse pubblico che sugli oggetti di pubblica amministrazione, su i quali questa spiega la sua azione, la giurisprudenza non arrechi alcuna modificazione, la quale possa trovarsi in opposizione col fine dell' amministrazione stessa: vi è un interesse pubblico che gli atti, i fatti e le operazioni dell' amministrazione sieno interpetrati ed eseguiti uniformemente allo scopo che essa si è proposto. Così, per addurne un esempio, se tra due privati nasca una contesa che dipenda dalla interpetrazione di un atto amministra-

tivo, comechè non si tratti che d' interessi meramente privati, la interpetrazione di questo atto costituisce un giudizio di competenza amministrativa, perchè vi è l' *interesse pubblico* dell' amministrazione che al suo atto non si dia una significazione diversa da quella che essa ha voluto dargli: allora vi è l' *oggetto di pubblica amministrazione*, vi è l' *interesse pubblico* che vince qualunque interesse privato. Queste due idee si compenetrano, nè potrebbe concepirsi l' una distinta o separata dall' altra. Laonde è chiarissimo, che se nel giudizio che cade sopra un oggetto di pubblica amministrazione, vi è un *interesse pubblico*, non si trova però sempre la *persona pubblica* che si presenti a contendere; e perciò, non solamente non è necessaria la prima condizione stabilita dall' autore, ma essa diventa un elemento estraneo per diffinire le quistioni di competenza, nè può che ingenerare confusione e difficoltà nell' applicazione.

## §. XVIII.

*Semplicità della formola contenuta nella legge del 21 marzo 1817. Concorso simultaneo dell' oggetto amministrativo e dell' interesse pubblico.*

36. Parmi adunque che di molto venga ad esser semplificato e chiarito il criterio cognoscitivo della competenza amministrativa, se in luogo di moltiplicare le condizioni teoretiche che si credono necessarie a formolarlo, si adotti l' unica condizione espressa dall'art. 3 della legge del 21 marzo 1817. A norma del mentovato articolo, sopra due idee, sopra due termini correlativi, è fondato il carattere scientifico a cui debbe riconoscersi la contesa di competenza amministrativa; cioè, che essa cada sopra un *oggetto di pubblica amministrazione*, e che in tale controversia sia esistente un *interesse pubblico*, il quale si manifesti e si presenti sotto la forma di un dritto in collisione.

37. In effetti l' antico ed elementare principio formante base di

ogni organizzazione giudiziaria, è che la competenza viene determinata dalla qualità della *materia* su cui cade la controversia, val quanto dire dalla natura ed indole specifica degl' *interessi* o dei *dritti* che vengono in collisione e su i quali debbesi profferir giudizio. Come la proprietà e la famiglia costituiscono il vasto campo di tutt' i dritti privati e delle correlative contese formanti obbietto e materia della giurisdizione ordinaria; come gli atti ed i fatti commerciali son la materia propria di quella eccezionale competenza; come i reati e le pene formano l'obbietto esclusivo ove si spiega la giurisdizione dei tribunali penali; nella stessa guisa, tutte quelle contese che sorgono sopra materie, le quali son qualificate o possono qualificarsi come *oggetti di amministrazione pubblica, e d' interesse pubblico*, rientrano nella esclusiva competenza del giudice amministrativo, e segnano la estensione ed i limiti di questo speciale contenzioso. Questa condizione qualificativa della competenza amministrativa, espressa in questo modo astratto e scientifico, mi sembra la sola formola possibile che possa piegarsi in modo facile alle applicazioni nelle diverse quistioni; perciocchè, se essa non distrugge tutte le difficoltà ed i dubbî di applicazione, elimina per lo meno la confusione e le inesattezze, col presentare un' idea chiara e semplice, e non complessiva. Adunque, con questa formola per guida, basterà nei varî casi indagare, se la materia su cui cade la contesa possa qualificarsi o rivestire il carattere di *oggetto di pubblica amministrazione* che dia nascimento ad una quistione di *pubblico interesse*; e si avrà allora un criterio certo per sciogliere ogni quistione di competenza. Il lavoro dell' intelligenza starà allora in un' opera tutta di applicazione ad ogni caso speciale, ma non potrà nascere una quistione di principî: se l' oggetto della contesa si potrà qualificare come amministrativo, se esso ne avrà i caratteri legali, se uno dei dritti che contendono inchiuda essenzialmente in sè un *interesse pubblico*, spetta al giudice amministrativo di sentenziare; ma se esso non possa essere allogato tra quelli che possono assumere una tale qualità, cessa ogni competenza amministrativa, e rivive la competenza ordinaria.

38. Or questa condizione qualificativa è stata appunto formolata dalla legge del 1817 nell' art. 3 , come l' elemento sostanziale per provocare la competenza eccezionale. « Saranno , esso dice , di competenza del contenzioso amministrativo tutte le controversie che , cadendo sopra oggetti dell' amministrazione pubblica , la *interessano* direttamente o indirettamente. » — Dalle quali parole si rileva che *l'interesse pubblico sopra l'oggetto di pubblica amministrazione* è stato ritenuto come il fondamento perpetuo, come il carattere scientifico della contesa amministrativa. Ogni qual volta si può dimostrare la esistenza di un tale oggetto e di un tale interesse nella contesa, sarà essa amministrativa. Il concorso simultaneo di ambedue questi elementi è indispensabile per provocare la competenza amministrativa : un solo di essi non sarebbe bastevole a far declinare la giurisdizione ordinaria.

## §. XIX.

*L' esistenza dell' interesse pubblico trae seco necessariamente quella di un oggetto amministrativo ; ma non viceversa.*

39. A maggior dilucidazione soggiungerò di più , che la prima idea, cioè l'interesse pubblico, contiene e riassume sempre in sè l'altra, cioè l' esistenza di un oggetto amministrativo ; ma non così avviene di questa , la quale non presuppone necessariamente l'esistenza dell'altra. In effetti , può avvenire che la controversia cada sopra un *oggetto amministrativo*, o nasca ad *occasione* di esso, ed intanto può non esservi verun *interesse pubblico* propriamente detto , ma semplici dritti o interessi *privati* ed individuali che vengano in contrasto. In tal caso , la sola esistenza di un oggetto di pubblica amministrazione che presti occasione alla contesa , non avrebbe virtù di farla richiamare innanzi al giudice eccezionale , senza distruggere ad un tratto ogni criterio ed ogni norma elementare della competenza. — È per tal motivo , come ora vedremo , che la legge è stata indotta

a stabilire nel suo art. 5.° un' altra condizione d' indole tutta negativa, sottraendo tutte le quistioni di proprietà, di stato, e le azioni civili: con la qual formola ha voluto segnare il punto ove dee sparire ogni concetto d' interesse pubblico.

## §. XX.

### *Sviluppo dell' interesse pubblico diretto ed indiretto.*

40. Nè poi può arrecare alcuna confusione a stabilire il principio della competenza la dichiarazione fatta dalla legge dell' interesse *diretto* o *indiretto*. Con ciò ha essa voluto contemplare la doppia forma sotto cui può manifestarsi quello interesse pubblico, che può aver l' amministrazione nella contesa versante sopra l' oggetto amministrativo. Un tale interesse è sempre identico, nè variabile. La qualificazione di *diretto* o d' *indiretto* non concerne che i due casi che possibilmente possono verificarsi, cioè della presenza o dell' assenza dell' amministrazione nel giudizio. Quando l' amministrazione è parte nella contesa, sia come convenuta, sia come attrice, allora si verifica il caso dell' interesse *diretto*, perchè si agisce direttamente da lei o contro di lei. Quando poi essa non è parte in causa, ma la contesa si agita tra due privati o corpi morali, è allora il caso dell' interesse *indiretto*, perchè il giudizio, versando sopra un oggetto amministrativo, può toccar l' interesse pubblico, ancorchè l'amministrazione non contenda.

41. Così, per addurne un esempio, se dal Demanio pubblico, si rivendica un corso di acqua pubblica, di cui un privato si è impadronito, sarà il caso dell' interesse *diretto*, perchè è l'amministrazione che direttamente agisce nel giudizio; ma se un giudizio si dibatte tra due privati per la interpetrazione di un atto amministrativo, si manifesta allora l' interesse *indiretto*, perchè manca la persona pubblica. In ambo i casi vi è un oggetto di amministrazione pubblica; in ambo i casi vi è l' interesse dell' amministrazione, che

prende qualità e denominazione di *diretto* nel primo, *d' indiretto* nel secondo.

## §. XXI.

### *Inopportunità di una osservazione dell' Echaniz.*

42. Ciò posto, non so comprendere come taluni autori, fra i quali l' Echaniz (1), abbiano notato d' inesattezza e di oscurità la nostra legge, o per lo meno si son limitati a dire che essa in questo articolo offre una idea vaga ed indeterminata delle materie di contenzioso amministrativo. Non si è riflettuto, che dovendosi determinare con precisione il carattere specifico della contesa amministrativa, facea d' uopo innanzi tutto cominciare dallo stabilire una formola astratta e generale, la quale potesse contenere il vero criterio della competenza, con esprimere e fissare la condizione perpetua e generalissima da verificarsi per poterla provocare. Se ciò è indubitato, è poi certo del pari che la nostra legge non poteva più nitidamente formolare una tale condizione, se non fissando l' *esistenza di un oggetto di amministrazione pubblica* come l' elemento sostanziale del contenzioso amministrativo: con ciò ha essa colpito il vero carattere logico che distingue la contesa d' interesse pubblico, da quella d' interesse privato.

43. Convengo bene che ciò non è ancor tutto, e che bisogna procedere ad una seconda indagine, cioè a stabilire che cosa debba intendersi per *oggetto di amministrazione pubblica*; perciocchè non potrà dirsi che esista un oggetto amministrativo in una contesa, e quindi interesse pubblico sia diretto, sia indiretto, se non quando si determinino i caratteri specifici che lo costituiscono. Convengo altresì, che per compiere il concetto del contenzioso amministrativo, e segnare con contorni definiti il campo ove può estendersi la sua com-

(1) Chiarimenti sul Contenz. Amm: p. 80:

petenza, bisogna delineare il doppio limite che lo circoscrive, cioè le materie del contenzioso ordinario da un lato, ed i semplici *reclami amministrativi* dall'altro: con che si sarà ottenuta la formola intera e compiuta, atta a dare la soluzione ultima e precisa di tutte le quistioni di competenza. Ma queste sono delle indagini secondarie, alle quali non si può passare senza aver prima determinato, come ha fatto la nostra legge, il criterio primitivo e fondamentale contenuto nella idea semplice dell'*esistenza di un oggetto amministrativo, d'interesse pubblico;* il quale criterio costituisce il punto di partenza per le altre indagini ulteriori. Lungi dunque dal ravvisare oscurità o indeterminazione nella legge, dico che non poteva essa procedere con un metodo più scientifico, quanto col fermare in quella formola semplice il carattere generalissimo e capitale, da cui si può distinguere la materia di competenza amministrativa da qualunque altra. Ritenuta perciò la esattezza del principio stabilito dall'art. 3.°, lo sviluppo successivo delle altre idee ora cennate ci somministrerà il compiuto criterio cognoscitivo della competenza amministrativa.

## SEZIONE 2.ª

### Chiarimenti sulla duplice condizione prescritta dalla legge del 1817.

§. *XXII.* — *Doppio ordine di relazioni giuridiche dell' individuo nello stato, pubbliche e private.*

§. *XXIII.* — *Formola negativa contenuta nell' art. 5.° della legge del 1817, ed esclusiva delle relazioni giuridiche private di famiglia o di proprietà.*

§. *XXIV.* — *Qual' è il carattere astratto dell' oggetto amministrativo, e quindi dell' interesse pubblico.*

§. *XXV.* — *Esemplificazione e sviluppo degli oggetti di pubblica amministrazione.*

§. *XXVI.* — *La lesione operata dal movimento amministrativo in ordine a tali oggetti, dà luogo al giudizio.*

## §. XXII.

### *Doppio ordine di relazioni giuridiche dell' individuo nello Stato, pubbliche e private.*

44. Da quanto precede è chiaro, che il carattere specifico dell' oggetto amministrativo è l' *interesse pubblico*, inerente alla cosa di *amministrazione pubblica* che cade in controversia: quando può dimostrarsi esistente questo pubblico interesse, quando è desso che viene in collisione nel giudizio, vi sarà allora la competenza amministrativa. Ma per uscire dal vago delle astrazioni, e dare una determinazione concreta a questo interesse pubblico, conviene entrare in un certo sviluppo, a fine di conoscere quale sia l' *oggetto amministrativo* e che cosa lo fa distinguere dall' interesse privato.

45. Doppio è l' ordine delle relazioni giuridiche da cui scaturiscono tutt' i dritti e le obbligazioni dell' individuo nello stato. Il primo è costituito da tutti quei rapporti sociali e politici che legano l' individuo allo stato, come membro dell' associazione politica, e gli fanno attribuire una serie di dritti e di doveri verso quella personalità complessiva. Il secondo si compone di quella serie di rapporti individuali e familiari, che indipendentemente dallo stato, stringono un individuo all' altro nella semplice qualità di essere intelligente e morale, o nella qualità rispettiva di membri di una medesima famiglia. I rapporti di questa seconda specie vanno necessariamente a collocarsi sotto due idee principali, che tutti li riassumono, cioè la *famiglia* e la *proprietà*: non ci ha materia del Dritto individuale che sfugga da una di queste due idee fondamentali, nè ci ha dritto o obbligazione alcuna delle persone, ragguardate nei loro rapporti giuridici privati, che non debba indispensabilmente rannodarsi o al concetto della proprietà o a quello della famiglia. Or queste relazioni individuali e familiari, dando origine alla innumerevole serie dei dritti e delle obbligazioni dell' individuo verso l' individuo, possono

esser materia di liti e di giudizi, alla cui diffinizione sta la legislazione privata. Così, sono quistioni che riguardano la proprietà (presa nel suo più lato senso giuridico) tutte quelle che nascono circa l'appartenenza e l'esercizio dei dritti delle persone, considerate come possessori giuridici di qualunque cosa, sia mobile o immobile, sia materiale o immateriale. A ciò si riferiscono le quistioni circa il possesso civile, il trasferimento volontario della proprietà, le successioni, i testamenti, i dritti di servitù, la spropriazione, e le convenzioni in genere. Si riferiscono poi alla famiglia tutte quelle controversie, che cadono su i dritti e le obbligazioni dipendenti dallo *stato* o dalla *qualità* delle persone: tali sono, a modo di esempio, le quistioni risguardanti il matrimonio, la patria potestà, l'adozione, la filiazione, la tutela, ed in generale tutte quelle che cadono sull'appartenenza ed esercizio dei dritti civili ed obbligazioni corrispettive, dipendenti appunto dallo stato o *qualità* degl' individui.

46. Ora, in tutta questa serie di relazioni giuridiche individuali, ed in tutte le controversie in cui vengono in contrasto dritti di famiglia o di proprietà, ravvisiamo sempre un *interesse privato* che si pone in lotta con un altro *interesse privato*. Questi rapporti e queste controversie possono essere concepite come indipendenti dallo stato, e di una natura tutta diversa dalle relazioni sociali e politiche dell' individuo verso lo stato stesso. Anzi possiamo dir francamente, che le relazioni giuridiche di famiglia o di proprietà preesistono allo stato, e sono invece le basi e i punti fondamentali su cui viene a comporsi l' associazione politica. Se dunque tali specie di controversie sono di un interesse essenzialmente privato, è evidente, che ogni qualvolta nasce quistione sull' appartenenza o esercizio di un dritto di *proprietà* o di *famiglia* (prese queste due idee nell' ampiezza della loro significazione giuridica), vi è un oggetto d'interesse privato, e non un oggetto di amministrazione pubblica. Il che significa, che non potrà mai dirsi esistente nel giudizio un *oggetto di amministrazione pubblica*, tutte le volte che un dritto di famiglia o di proprietà presti occasione alla lite e ne costituisca la materia: in al-

tri termini, potrà qualificarsi come oggetto di amministrazione pubblica la materia della contesa, quando non si tratti di un dritto di proprietà o di famiglia; quando l'appartenenza o l'esercizio di uno di questi dritti è l'oggetto della lite, cessa o manca un oggetto amministrativo, nè vi è altro che un oggetto d'interesse privato.

## §. XXIII.

*Formola negativa contenuta nello art. 5.° della legge del 1817, ed esclusiva delle relazioni giuridiche private di famiglia o di proprietà.*

47. Questa distinzione è tanto importante e necessaria per la determinazione dell'*oggetto di amministrazione pubblica*, che la nostra legge del 1817, mentre nell'art. 3.° ha dichiarato che esso sia l'elemento della competenza amministrativa, ha poi nel seguente art. 5.° somministrata una formola negativa per riconoscerlo, sottraendone tutte le materie d'interesse privato che concernono dritti di proprietà o di famiglia, e ciò anche quando vi fosse *interessata* l'amministrazione pubblica. « Ciò nondimeno, essa dice, non potranno mai appartenere alle autorità incaricate del contenzioso amministrativo, ancorchè vi sia *interessata* l'amministrazione pubblica o lo stato, 1.° l'esame ed il giudizio delle azioni tendenti a rivendicare la proprietà di un immobile o ad asserirne la libertà, salvo per quest'ultimo caso le disposizioni contenute nell'art. 6.°; 2.° l'esame ed il giudizio delle quistioni sullo stato delle persone; 3.° l'esame ed il giudizio delle azioni civili di qualunque natura, nelle quali non cada in quistione la legittimità, la validità o la interpetrazione di un atto dell'amministrazione pubblica. »

48. Col primo comma, la legge ha voluto contemplare tutte le azioni che cadono direttamente sulla proprietà, cioè le azioni *reali* propriamente dette: col secondo, contempla tutte le azioni risguardanti dritti di famiglia o dritti dipendenti dallo *stato* e dalla

*qualità* civile delle persone ; col terzo poi, ha preso di mira, mediante la espressione generalissima di *azioni civili di qualunque natura*, tutte quelle altre che vengono qualificate come *personali*, conosciute nel dritto romano col nome di *condictiones* , e tutte le azioni così dette *miste* , che possono riflettere indirettamente la proprietà in genere. Ed è così rigorosa la competenza ordinaria per siffatte specie di azioni d'interesse meramente *privato*, ch'essa non potrebb'esser declinata, neanche se vi sia *interessata* l'amministrazione pubblica o lo stato. Non ostante questo *interesse* dell'amministrazione , non ostante che essa figuri anche *direttamente* nel giudizio, l'oggetto della contesa non tramuta la sua *natura privata*, appunto perchè versa sopra un dritto di proprietà individuale o di famiglia, che sono i due campi ove può esclusivamente la giurisdizione ordinaria esercitare il suo potere. È inviolabile il principio, che in fatto di competenza la *materia* trae seco la persona, e non già la persona trae seco la materia: tutte le controversie, cui può dare occasione la famiglia o la proprietà individuale, costituiscono *materie* o *oggetti d'interesse privato* , nè potrebbero modificare la loro indole essenziale , sol perchè la pubblica amministrazione diventi parte in un giudizio di questa natura. Una quistione di possesso, di proprietà, di servitù, di successione, di filiazione legittima, ecc., trarrà in conseguenza la persona pubblica innanzi al giudice ordinario , perchè la qualità di persona pubblica è accidentale nel giudizio ed indifferente, in guisa che sievi o pur no la persona pubblica , sempre la stessa e della stessa natura rimane la controversia.

49. Ora , il riavvicinamento di queste tre idee , cioè, 1.° che debba esservi un oggetto di *pubblica amministrazione*, 2.° che nella contesa su tale oggetto debba esistervi un *interesse pubblico* , e 3.° che la collisione tra gl'interessi di *proprietà* o di *famiglia* è esclusiva di qualunque interesse pubblico ; un tale riavvicinamento , io dico, può far distinguere con contorni definiti i giudizî amministrativi dagli ordinarî: il lavoro dell'intelligenza starà allora nell'indagare se si manifesti a contendere un interesse pubblico o meri interessi privati.

## §. XXIV.

*Quale è il carattere astratto dell' oggetto amministrativo, e quindi d' interesse pubblico.*

50. Il precedente sviluppo non ancora ci presenta un concetto nitido dell'oggetto di amministrazione pubblica, perciocchè nel dire che esso non possa mai esistere quando vi sia una quistione di famiglia o di proprietà individuale, non si fa altro che presentare una formola negativa, senza determinarne ancora il carattere specifico e sostanziale. Se non che, un tale sviluppo era indispensabile per stabilire precisamente la distinzione astratta tra l' oggetto di amministrazione pubblica, e quindi d' interesse pubblico, e l'oggetto d'interesse privato. Ritenuta questa distinzione su cui poggiano le due competenze, e che segna la linea della loro reciproca separazione; ritenuto che il carattere specifico dell' *oggetto d' interesse privato* si ravvisa quando la contesa cade sopra un dritto di *famiglia* o di *proprietà* in genere, più agevole riesce la determinazione del carattere proprio dell' *oggetto amministrativo*, perchè già ne troviamo circoscritto il campo dalle materie d'interesse privato, che ne costituiscono un limite insormontabile.

51. Diremo adunque, che oggetti di amministrazione pubblica, ravvisandoli sotto un aspetto ampio e generalissimo, sono tutti quei *servigi sociali* a cui è deputato dalla legge il potere e la gerarchia amministrativa, pel fine della doppia amministrazione di Stato e civile. Chi si faccia ad esaminare i moltiplici bisogni pubblici che il potere amministrativo si propone di soddifare sotto il rapporto di questa duplice amministrazione, ravviserà che appunto questi bisogni o servigi sociali costituiscono l'*oggetto* costante del suo perenne movimento e della sua azione, e che per tal precipua ragione prendono qualità e denominazione di *oggetti di amministrazione pubblica.* Tutti quei *mezzi* adunque, e tutti quei *fini* al cui conseguimento è dele-

gato il potere amministrativo, e che costituiscono l'essenza dell'amministrazione pubblica, sono appunto gli oggetti amministrativi di cui intende parlare la legge: è su questi e per questi che l'amministrazione spiega perpetuamente una serie incessante di fatti, di operazioni e di atti necessarî a conseguirli.

## §. XXV.

### *Esemplificazione e sviluppo degli oggetti di pubblica amministrazione.*

52. Non è certamente quì il luogo di discendere ad una enumerazione compiuta e particolarizzata degli oggetti di amministrazione pubblica. Ciò costituisce la materia propria di un trattato di Dritto amministrativo, non già di contenzioso amministrativo: lo studio di quest' ultimo presuppone necessariamente, non dirò altro, che le nozioni elementari del primo. Ad avvalorare e colpire la importante distinzione tra le materie d' interesse pubblico e quelle d'interesse privato, basta aver indicato il carattere astratto delle prime, il quale, come ho detto, risulta dall' essere dei fini, dei servigi, dei bisogni pubblici, alla cui soddisfazione intende la gerarchia amministrativa mediante le funzioni ed i poteri a lei delegati dalla legge, e mediante una serie di *mezzi*, che rivestono anch' essi il carattere di oggetti di pubblica amministrazione. Ma a chiarire più nitidamente il concetto dell' oggetto amministrativo, dirò a modo d' esempio, che il raccoglimento e concentrazione della pubblica finanza, il perpetuo rinnovellamento della milizia dello stato, la tutela e conservazione della pubblica proprietà, le opere ed i lavori pubblici di ogni maniera, la pubblica annona, l'istruzione, ecc., costituiscono altrettante materie o oggetti di pubblica amministrazione, perchè sono bisogni o servigi sociali che questa dee proporsi di soddisfare, e che riguardano sia l' amministrazione di stato, sia la civile. Al loro conseguimento il potere amministrativo procede con un complesso ed

una serie perpetua ed incessante di atti, di fatti e di operazioni ; per modo che, sì ciascuno di questi pubblici servigi o bisogni preso complessivamente, quanto ciascun fatto, ciascun atto, ciascuna operazione amministrativa considerata in sè stessa, costituiscono e prendono tutti il carattere e la qualità di *oggetti di amministrazione pubblica:* i primi, perchè sono i *fini* o dell' amministrazione di stato, o della civile ; i secondi, perche sono i *mezzi* che spiega la amministrazione stessa per soddisfarli. Si diranno dunque oggetti amministrativi tanto la pubblica imposta, quanto tutte le operazioni necessarie ad operarne la riscossione e la distribuzione; tanto la pubblica strada, quanto tutti gli atti dell'amministrazione per costruirla e mantenerne la incolumità e la destinazione; tanto la milizia in sè medesima, quanto le operazioni indispensabili pel suo mantenimento e rinnovazione, e così discorrendo.

53. Laonde dovremo dire, che allorquando si mostri in contesa un dritto inchiudente quell' interesse che si riferisca, non già ad una determinata persona, ma ad una utilità o un bisogno generale e collettivo della intera associazione, senza considerazione d' individuo; un dritto ed un interesse che per sua natura sia incompetente all' individuo nella sua qualità privata ; il giudizio allora sarà essenzialmente amministrativo : per lo rovescio, quando la collisione si operi tra rapporti giuridici individuali di famiglia o di proprietà, i quali possono stare e stanno in effetti indipendenti dai rapporti dello Stato, sarà esso necessariamente ordinario, ancorchè nasca *ad occasione* di un oggetto amministrativo.

54. Così, a modo d' esempio, è amministrativo il giudizio, quando si tratterà di usurpazione o occupazione di proprietà che abbiano segni certi e visibili di pubblicità; di esame di validità e legalità degli atti amministrativi; di interpetrarne il senso e la efficacia; di quistioni sulla ripartizione o disgravamento delle pubbliche imposte : imperciocchè, in tutti questi casi, si ravvisa di un sol tratto l' esistenza di un *interesse pubblico* che entra in lotta. Ma all' opposto, allorchè senza che questi pubblici interessi ricevano al-

cun pregiudizio , la quistione versi sul godimento rispettivo degli usuarî di un fiume pubblico, sulla estensione dei loro dritti reciproci, su i danni che l'uno all' altro può cagionare nel suo godimento , su i reclami di proprietà che intervengono ad occasione delle pubbliche imposte, il giudizio allora sarà ordinario.

## §. XXVI.

### *La lesione operata dal movimento amministrativo in ordine a tali oggetti, dà luogo al giudizio.*

55. Ritenuto adunque che il carattere specifico dell'oggetto amministrativo sta nell'essere, sia un servigio pubblico che forma scopo dell'amministrazione di stato, o della civile, sia uno dei mezzi per conseguirlo, è evidente che in questo cammino ed in questo movimento dell'amministrazione, inteso ad effettuare i mezzi ed il fine , può operarsi una lesione degl' interessi e dei dritti degl' individui : ecco il punto in cui comincia a ravvisarsi la possibilità di una contesa e quindi di un giudizio. Se non che , se per effetto di questo movimento amministrativo, la pretesa lesione si operi sopra un dritto di proprietà o di famiglia, per modo che questa specie di diritti costituiscano la materia delle controversie, il giudizio rimarrà sottoposto alla naturale giurisdizione ordinaria ; perciocchè abbiamo veduto, che la famiglia e la proprietà formano il punto di limitazione dove sparisce la qualità amministrativa del giudizio e riappare invece in tutta la sua efficacia l'interesse privato. Che se poi, senza venire in contesa un dritto di proprietà o di famiglia , la quistione rimanga nel campo dell'oggetto amministrativo e cada precisamente su di questo , assumerà allora la medesima qualità della causa che la promuove, e sarà provocata la competenza del giudice amministrativo. Ritenghiamo per ora questo principio astratto , il quale costituisce il criterio generalissimo per distinguere l'una e l'altra competenza; esso riceverà maggiori dilucidazioni dallo sviluppo che ne

faremo nelle applicazioni ai diversi oggetti di amministrazione pubblica.

56. Da quanto precede adunque apparisce, che il movimento amministrativo può rendere possibile un giudizio, e che l'amministratore e l'amministrato possano reciprocamente chiamarsi innanzi ad un giudice per discutere solennemente i loro diritti e le loro pretensioni. Questo principio però non può avere una latitudine indeterminata, perciocchè se tutte le volte che l'amministratore o l'amministrato si credano lesi nei loro interessi, potessero l' un l'altro chiamarsi ad una discussione giudiziaria, ne verrebbe l'assurda conseguenza, che tutta l'azione amministrativa verrebbe tramutata in una perpetua giudicatura, ossia in un perpetuo esercizio di giurisdizione contenziosa. Necessariamente adunque, se vi è un punto dove il contenzioso amministrativo si distingue dal contenzioso ordinario, ve ne debb'essere un altro in cui esso venga del pari distinto dai *reclami* amministrativi. Ecco pertanto la necessità di sviluppare quei principî i quali stabiliscono regole semplici, atte ad indicar con precisione dove finisce negli amministrati la facoltà di chiamar l'amministrazione in giudizio, nè sia aperta altra via per la lesione dei loro interessi che quella del reclamo amministrativo. Con questa indagine verrà dato il compimento al criterio cognoscitivo della competenza amministrativa.

## SEZIONE 3.ª

Canoni di drillo atti a determinare quando è che il movimento dell' amministrazione provoca un giudizio di contenzioso amministrativo.

§. *XXVII.* — *Triplice forma sotto cui si manifesta l' azione amministrativa.*

§. *XXVIII.* — *Distinzione tra il reclamo e la contesa amministrativa.*

§. *XXIX.* — *1.°* Canone. *Gli atti di mero imperio non dan luogo a contesa.*

§. *XXX.* — *Applicazione di questo canone.*

§. *XXXI.* — *2.°* Canone. *Gli atti del potere discrezionale neppure possono dar luogo a contesa.*

§. *XXXII.* — *Esempî in applicazione di questo canone.*

§. *XXXIII.* — *Conseguenze stabilite dalla giurisprudenza relativamente ai Comuni, e loro limitazione.*

§. *XXXIV.* — *Prima ordinanza.*

§. *XXXV.* — *Seconda ordinanza.*

§. *XXXVI.* — *Terza ordinanza.*

§. *XXXVII.* — *3.° Canone. Può esservi luogo a contesa quando si ferisce un drillo, non già un interesse.*

§. *XXXVIII.* — *Esempî sul proposito.*

§. *XXXIX.* — *Enumerazione degli oggetti amministrativi pei quali può verificarsi la lesione di un drillo.*

§. *XL.* — *Tale enumerazione non è limitativa.*

§. *XLI.* — *Formola ultima e compiuta per determinare la competenza amministrativa.*

§. *XLII.* — *Esempî che chiariscono il principio.*

## §. XXVII.

*Triplice forma sotto cui si manifesta il potere amministrativo.*

57. L'amministrazione pubblica si spiega e si manifesta sotto una triplice forma, che ne costituisce tre poteri distinti, ma correlativi. Sotto una prima, essa manifesta un'azione regolamentaria, facendo regolamenti o ordinanze generali o speciali nell' interesse collettivo delle industrie, dell'agricoltura, della polizia, della sicurezza pubblica, ec. Sotto una seconda, la sua azione è tutta precettiva, poichè dà ordini, comanda l'obbedienza, invigila tutt'i fatti e le operazioni per la esecuzione generale delle leggi o dei suoi proprj regolamenti. Sotto una terza poi, essa è tutta facoltativa, quando cioè esercita un potere essenzialmente discrezionale, accordando o negando autorizzazioni e permessi. In tutti questi casi, è possibile che i suoi atti o i suoi regolamenti si scontrino con gl' interessi privati degl' individui, e che li ledano nei loro diritti. Questi dritti lesi possono essere ammessi a fare ascoltare i loro reclami. L' amministrazione allora, investita dell'esame di sì fatti reclami, adempie una funzione di un ordine e di una natura diversa. Ascolta le doglianze ed i ricorsi cagionati dagli atti ed operazioni dei suoi agenti; ne valuta il merito; e li accoglie o li rigetta, secondo che li ravvisa bene o mal fondati.

58. Adunque la natura delle funzioni amministrative presenta dei caratteri essenzialmente diversi. Talvolta l'amministrazione si manifesta sotto la forma di azione con atti regolamentarî, precettivi o facoltativi: tale altra si manifesta pronunziando su i reclami che i suoi atti medesimi han fatto nascere. — Di questa doppia natura degli atti e delle funzioni del potere esecutivo, troviamo fatta menzione anche nella legislazione romana, la quale, nella l. 3. ff. *de Iurisdict.*, diceva per bocca di Ulpiano: *Imperium aut merum aut mixtum est. Merum est imperium . . . quod etiam potestas appel-*

*latur. Mixtum est imperium cui etiam inest jurisdictio.* — Ora, secondo il presente ordinamento politico, l'imperio mero ed il misto corrispondono precisamente e si ravvisano in questa doppia natura del potere amministrativo: alle volte i suoi atti si producono sotto la forma pura di azione, *imperium merum*; altre partecipano della giurisdizione e della potestà giudiziaria, più che di quella dell'azione, *imperium mixtum cui inest jurisdictio.* Quando l'amministrazione pubblica fa regolamenti per l'esecuzione delle leggi, e ne fa l'applicazione ai casi particolari che si presentano, o fa atti di potere discrezionale, esercita allora *imperium merum*: essa si limita a comandare l'obbedienza ai cittadini. Ma allorchè pronunzia su i reclami prodotti da interessi opposti, dopo discussioni contradittorie, esercita *imperium mixtum*, vale a dire che essa usa del potere di giudicare o della giurisdizione annessa al suo dritto di comando, e derivante come una conseguenza necessaria della sua azione.

## §. XXVIII.

### *Distinzione tra il reclamo e la contesa amministrativa.*

59. Ma relativamente a questa seconda specie di potere giudiziale, altro è il semplice *reclamo* che può esser prodotto dall'interesse che si reputa leso, ed altro è il *giudizio* solenne che questo interesse medesimo può promuovere contro l'amministrazione, sia direttamente, sia indirettamente. Il primo differisce essenzialmente dal secondo, perciocchè ordinariamente viene esaminato e discusso dalla stessa autorità che lo ha cagionato, o dall'autorità superiore della gerarchia, ma in una forma tutta economica e sommaria, e senza niuna formalità o solennità giudiziaria o discussione formale. Or se a tutti coloro che credono lesi i loro interessi da un fatto, da un atto, da una operazione della gerarchia amministrativa, operante in forza dei suoi poteri essenziali, può essere permesso il *reclamo* amministrativo, non a tutti però, nè in tutt'i casi, nè in tutte le ma-

terie può essere aperto l'adito a provocare un *giudizio* solenne e formale. Il criterio adunque per determinare quando è che sia ammissibile il semplice *reclamo* amministrativo, e quando sia legalmente possibile la provocazione di un *giudizio* nelle materie di amministrazione pubblica o per occasione degli atti o operazioni amministrative, risulterà lucidamente dalle seguenti regole semplici.

## §. XXIX.

### *Gli atti d'imperio non dan luogo a contesa.*

60. I. Canone — « Gli atti che emanano dall' amministrazione in virtù del suo *mero imperio* non possono dare adito a ricorso in linea contenziosa ».

61. Questo principio di dritto pubblico, di cui si trovano vestigia nella legislazione romana, e precisamenle in ciò che diceva il giureconsulto Paolo nella l. 26 ff. *ad municipalem*, può formolarsi con le seguenti parole; *ea quae sunt* MERI IMPERII *non sunt* JURISDICTIONIS. Il che significa, che tutti gli atti ed operazioni che l' amministrazione esegue per l'esercizio del suo potere essenziale, non possono dar luogo a giudizio.

62. Un tal principio giuridico poggia sopra una necessità politica e sulla stessa natura delle cose. In effetti, dal punto in cui cessa la funzione legislativa, fino alla esecuzione ultima e materiale della legge, uopo è passare per una serie moltiplice di operazioni, il cui complesso costituisce appunto l'amministrazione, ossia l'esercizio del potere amministrativo. La esecuzione amministrativa adunque non è un'applicazione strettamente materiale della legge; ma costa di un perpetuo lavoro dell'intelligenza e di una serie non interrotta di interpetrazioni, di giudizî e di decisioni che fa l'autorità, per far che gradualmente la generalità del principio legislativo s'individualizzi nella vita civile. Questo potere, il quale, per ciò che ho detto nel precedente n.° 57, debbe necessariamente manifestarsi sotto la tripli-

ce forma d'ispezione, di statuizione e di esecuzione materiale, questo potere, io dico, debbe assomigliarsi all' esercizio di una magistratura subalterna, e di un ordine più concreto; e però debbe godere della medesima inviolabilità. Questo potere adunque, ossia l'imperio, essendo inerente e costitutivo della gerarchia amministrativa, gli atti che ne procedono non potrebbero essese attaccati, senza distruggere il concetto stesso e la forza di questo potere sostanziale dello stato. Senza dubbio, tutti coloro che possono soffrire dagli atti dell' autorità amministrativa, potranno far sentire i loro reclami; possono sempre proporli alla stessa amministrazione attiva, affinchè sieno modificati quegli atti d' imperio che sono nocivi ai loro interessi. Ma un tal reclamo, una tale rimostranza che viene esaminata dalla stessa gerarchia, non può formar materia di un *giudizio*; perciocchè non mai può chiamarsi nel campo giudiziario lo stesso potere amministrativo, per giudicare intorno alla sua autorità; non mai può esservi giudizio, quante volte questo avrebbe per iscopo di porre un giudice qualunque al di sopra del potere, per valutare la competenza dei suoi atti d'imperio. Il che si riassume appunto nella mentovata formola: *ea quae sunt meri imperii non sunt jurisdictionis.*

## §. XXX.

### *Applicazione di questo canone.*

63. Una conseguenza di questo canone si è, che le ordinanze o regolamenti che prescrivono misure d' amministrazione pubblica o di polizia, non van soggetti al ricorso nella forma contenziosa. Così, un regolamento prescrivente il metodo e le ore della irrigazione dei fondi nell' interesse dell' agricoltura, quello che prescrive il metodo e le regole di esercizio dei diritti di uso sopra un corso di acqua pubblica; quelli risguardanti la viabilità od il corso pubblico, ec. non possono essere attaccati per la via contenziosa. Se vi sono interessi privati che soffrono nocumento dalla pubblicazione di tali re-

golamenti, possono rimostrare mediante semplice *reclamo* amministrativo innanzi alla medesima gerarchia da cui partono.

64. Il medesimo principio è applicabile eziandio agli atti precettivi, ossia agli atti di autorità e di comando, i quali, al pari della potestà regolamentaria, costituiscono un'altra parte massima dell' imperio inerente all'amministrazione. Son tali, come ho cennato, tutti quei fatti, atti ed operazioni ordinate dal potere amministrativo, per giungere alle esecuzione ultima e precisa di una determinata legge. Così, tutte le operazioni cui procede *proprio jure* l'amministrazione per apparecchiare il contingente di leva stabilito e voluto dalla legge; tutte le prescrizioni che dà per il piano e l' esecuzione dei lavori pubblici e delle strade; questi ed altri atti simiglianti, essendo atti di autorità, non possono dar luogo che al semplice *reclamo*. Un proprietario quindi, il quale si dolga della misura amministrativa, con cui si è determinato che una strada da costruirsi debba passare pel suo fondo, non ha altra via se non quella di reclamare pel danno che questa misura arreca ai suoi interessi, ma non potrebbe agire giudiziariamente per farla rivocare da un giudice qualunque, perchè trattasi di un atto d' imperio inerente all' amministrazione.

## §. XXXI.

### 2.° *Canone. Gli atti del potere discrezionale non possono dar luogo a contesa.*

65. 2.° Canone — « Quando un atto d' imperio emanato dall'amministrazioue è l'esercizio del potere discrezionale che le è affidato, non può dar luogo a ricorso in linea contenziosa. »

66. Questo canone non è che una diversa applicazione dello stesso principio stabilito innanzi. Se io ne formo un canone speciale, egli è perchè, essendovi gran divario tra gli atti precettivi e gli atti facoltativi o discrezionali, avrebbe potuto supporsi che questi ultimi

non andassero compresi nella medesima regola. Se tali atti sono potestativi nella loro forma, costituiscono però una parte integrante dell'*imperio* inerente all' amministrazione, val quanto dire, che la legge ha ad essa interamente affidato il *dritto* e l' *autorità* di farli o di non farli. Quando l' amministrazione li esercita, si determina sempre in vista dell' interesse e del bene pubblico, o per alte considerazioni di ordine pubblico: nell' esercitare questa potestà o questo arbitrio prudenziale, essa non fa che un atto supremo di autorità e d' imperio, agisce ed opera *jure proprio*. Ond' è che questo canone può formolarsi nello stesso modo enunciato innanzi: ***ea quae sunt FACULTATIS non sunt JURISDICTIONIS.***

## §. XXXII.

### *Esempî in applicazione di questo canone.*

67. Un esempio se ne può avere nel caso che il potere amministrativo neghi il permesso di dissodare un bosco privato; ovvero quando neghi o accordi il permesso di stabilire in un determinato luogo una manifattura incomoda o insalubre, o in qualunque altro modo nociva; ovvero, quando neghi l' autorizzazione di un cambiamento di cognome. In questi ed altri simiglianti casi, che possono moltiplicarsi all' infinito, il potere amministrativo è solo giudice dei motivi che determinano la sua risoluzione. Esso usa di un dritto e di una potestà discrezionale che gli è affidata; fa un atto di autorità e d' imperio. Gli atti quindi che esso fa in conseguenza di questa potestà, non potrebbero essere dibattuti e discussi innanzi alla giurisdizione contenziosa.

## §. XXXIII.

### *Conseguenze stabilite dalla giurisprudenza relativamente ai Comuni: loro limitazione.*

68. Un' applicazione importante di questo canone si ha negli atti di tutela che l' amministrazione esercita su i corpi morali, come sono i comuni e gli stabilimenti pubblici; atti i quali, emanando dal suo potere discrezionale, non possono dar luogo a ricorso nella forma contenziosa. Questa regola, la quale trova l'appoggio di una costante giurisprudenza del Consiglio di Stato in Francia, è fondata sopra una ragione semplice. In effetti, quando l'amministrazione autorizza o pur no i comuni o gli stabilimenti pubblici a stare in giudizio, ad acquistare, a transigere, ec., adempie un uffizio di tutela e di alta protezione, che in ogni stato costituisce una parte massima dell' imperio inerente al potere esecutivo. Niuno quindi, nè l'avversario del comune potrebbe ricorrere giudiziariamente contro l'atto di autorizzazione, come non potrebbe l' avversario di un minore deferire al tribunale la deliberazione del consiglio di famiglia che autorizza costui a litigare.

69. Due consegnenze quindi sono state consecrate dalla giurisprudenza sul proposito: 1.° Che i comuni non possono attaccare per la via contenziosa gli atti dell'amministrazione con cui si nega di autorizzarli ad acquistare, a permutare o a transigere (arr. del Cons. di St. in Francia del 17 genn. 1838, Comm. di Valleret) (1); 2.° Che il Comune il quale pretende di essere stato leso da una transazione, non è ammissibile ad agire in linea contenziosa contro l' ordinanza che omologa la transazione (arr. del Cons. di St. 21 nov. 1834, Com. di Troissereux) (2).

(1) Jour. du Pal. Jurisp. Amm.

(2) loc. cit.

70. Ma bisogna limitare nei suoi veri confini questa conseguenza. L'ordinanza di autorizzazione non può mai impedire che la transazione sia impugnata innanzi ai tribunali, coi mezzi di dritto comune che la legge accorda alle parti che sono maggiori e che possono liberamente disporre dei loro diritti. Ciò è stato testualmente consecrato da un altro arresto del 16 marzo 1837 ( Comm. di Bonnevil ) (1), perciocchè l'omologazione amministrativa non lega i tribunali, come non sono essi legati dall' autorizzazione del consiglio di famiglia e dalla omologazione del tribunale stesso impartita alla transazione fatta da un tutore in nome del suo minore.

## §. XXXIV.

*Ordinanza del 17 gennaio 1838.*

71. La importante distinzione che dee farsi tra queste due idee, rende necessario che si abbiano sott'occhio le parole testuali delle ordinanze che la fermano.

72. « Vista la domanda del comune di Vellerot-lez-Belvoir, tendente a fare annullare , per causa d' incompetenza ed eccesso di potere , una decisione del nostro Ministro dell' Interno , rifiutante al detto comune, senza essere stato inteso il comitato dell' interno del nostro consiglio di Stato , l' autorizzazione di acquistare un immobile ;

» Considerando , che gli atti del nostro ministro dell' interno contro i quali è diretto il ricorso del comune , sono atti di amministrazione e di tutela; e che in conseguenza non sono suscettivi di esserci deferiti per la via contenziosa; — « È rigettata l' istanza ec.»

(1) loc. cit.

## §. XXXV.

*Altra ordinanza del 16 marzo 1837.*

73. « Viste le domande del sindaco del comune di Bonneuil, agente nell' interesse della sezione di Berval dipendente dal detto comune; tendenti a fare annullare, come pronunziata sopra atti irregolari che la colpiscono di nullità, la ordinanza del 5 agosto 1829, che ha omologata la transazione stipulata nel 31 precedente tra il Sindaco del comune di Bonneuil, in nome della sezione di Berval, ed il sig. Cagniard, relativamente alla proprietà delle paludi dette di Berval, ec. — » Considerando, che il ricorso del comune di Bonneuil, agente nell' interesse della sezione di Berval, è diretto contro l' ordinanza del 5 agosto 1829, e che questa ordinanza è un atto di tutela amministrativa, il quale non è di tal natura da esserci deferito per la via contenziosa; — Ma, che nell' omologare la transazione, essa non impedisce che la sezione di Berval faccia valere innanzi chi di dritto, se vi si crede fondata, tutt' i mezzi di nullità che potrebbe opporre contro la detta transazione: — Art. 1. La domanda del comune di Berval è rigettata, ec.

## §. XXXVI.

*Altra ordinanza del 21 novembre 1834,*

74. Ma questa terza ordinanza è la più importante, perchè sviluppa con maggior particolarità il principio di cui parlo, e ne determina con precisione i limiti. Era intervenuta nel 24 aprile 1820 una transazione tra il Comune di Troissereux ed il signor Corberon sopra lunghi litigî relativi alla proprietà di boschi e terre, il cui valore ascendeva a 250,000 fr. Essendo poscia avvenuto un cangiamento del Sindaco, e del consiglio municipale, la novella munici-

palità credette dovere attaccare la transazione per dolo e frode, atteso che il figlio di Corberon erasi allora trovato Sindaco del Comune, i suoi fittaiuoli membri del consiglio municipale, ed egli in conseguenza giudice e parte nella propria causa. Per tale effetto il novello sindaco domandò l'autorizzazione di agire innanzi al consiglio di Prefettura dell'Oise, il quale negò l'autorizzazione fino a che il Comune non avesse fatto ritrattare l' ordinanza che aveagli permesso di transigere. — Le gravi considerazioni del ministro di commercio e dei lavori pubblici sull' affare, furono concepite nei seguenti termini : « In massima, le ordinanze di semplice tutela, che autoriz-» zano o approvano tali atti, non sono nè costitutive, nè dichia-» rative di alcun dritto ; esse non fanno che sanzionarli, affinchè » questi diventino legali per lo stabilimento minore che li ha sotto-» scritti, ed a cui conferiscono la capacità necessaria per consumar-» ne l' esecuzione. Ma appunto perchè esse non toccano l'essenza dei » contratti, ma la sola forma, non potrebbero perciò covrire i vi-» zî di fondo da cui fossero intaccati. Esse lasciano sussistere, uni-» tamente a tali vizî, il dritto d' impugnarli, e di far pronunziare » se vi è luogo, le nullità che producono. Ora, spetta ai tribunali, » soli giudici della validità e della esecuzione dei contratti, di de-» ciderne. Le ordinanze della specie in esame non possono mettere » ostacolo a questa azione, perciocchè esse rimangono straniere al-» l' oggetto del litigio, vale a dire, alla quistione di dritto civile » elevata da una delle parti. Inseparabili dai contratti, esse seguo-» no la loro sorte, e cadono da sè medesime, se son quelli annullati » dai giudici competenti. Aggiungerò, che un'ordinanza la quale auto-» rizza un comune a transigere, non ha altro carattere nè altro va-» lore, che quello che l'autorizza ad alienare un'immobile comunale. » Or, se dopo la stipulazione di un tale atto di vendita, si veri-» ficasse che il comune avesse disposto di un bene che non gli ap-» parteneva, e che un terzo agisse per rivendicarlo, non se ne po-» trebbe conchiudere che i tribunali non potrebbero conoscere del » litigio, prima che l'ordinanza reale approvante l'alienazione non

» fosse stata annullata o sospesa. Questa opinione non sarebbe soste-
» nibile; perciocchè, oltre che essa tenderebbe a dare all' autorità
» amministrativa la facoltà esorbitante di interrompere l' esercizio
» di un dritto di proprietà, essa farebbe supporre male a proposi-
» to che l' atto amministrativo di autorizzazione possa covrire un vi-
» zio essenziale del contratto, mentre la verità è nella supposizio-
» ne contraria. Ora, il vizio di nullità non essendo coverto dall'or-
» dinanza che autorizza, rimane perciò esposto agli attacchi delle
» persone interessate, indipendentemente dall' ordinanza che non lo
» protegge; esso può essere deferito al giudice competente, senza
» esservi bisogno di ritirare o sospendere l' ordinanza, d' onde esso
» non cava il suo principio, nè alcuna forza di conferma o di ese-
» cuzione necessaria. E però, sia che si tratti di una transazione,
» o di una vendita, in ambo i casi non può dipendere dall' ammi-
» nistrazione di porre ostacolo all' azione civile della parte che si
» crede lesa da un contratto fraudolento. Con questo sistema si so-
» no evidentemente confusi gli atti amministrativi di semplice tu-
» tela con quelli emanati della medesima sorgente, i quali, avendo
» un carattere giuridico o regolamentario, contengono delle decisio-
» ni intorno alle quali nulla può mutare l' autorità giudiziaria, sino
» a che sussistono . . . . La ragione delle cose stabilisce una di-
» stinzione necessaria tra queste due specie di atti: i primi han so-
» lamente per oggetto di dare al Comune la capacità di contrarre
» come persona civile, senza attribuire al contratto altro carattere,
» se non quello che avrebbe ove fosse stipulato tra due privati; gli
» altri all' opposto sono atti di piena giurisdizione, i quali non toc-
» cano meno il merito che la forma degli oggetti su i quali ver-
» sano, e che in conseguenza nulla lasciano a giudicare all' autorità
» giudiziaria, ecc. ecc. ».

In conformità di queste considerazioni, l' ordinanza reale con-sacrò il medesimo principio, dicendo: « Considerando che l' ordi-
» nanza del 4 febbrajo 1820, che autorizza il Comune di Troisse-
» reux a transigere con gli eredi di Corberon, non è che un atto

» di tutela amministrativa, il quale non impedisce che il Comune, » dopo essersi fatto autorizzare nelle forme ordinarie, impugni in- » nanzi al Tribunale civile la transazione intervenuta, ecc. ecc. ».

## §. XXXVII.

*5.° Canone. Può esservi luogo a contesa quando si ferisce un dritto, non già un interesse.*

75. Un ultimo canone però circoscrive nei veri e legali limiti l'applicazione e la efficacia dei due precedenti. In forza di esso dobbiamo ritenere « che gli atti d'imperio emanati dall'amministrazione, qualunque sia la loro natura, possono provocare un giudizio quando feriscono, non già un semplice *interesse*, ma un *dritto* dichiarato dalla legge. »

76. Questo principio determina il vero criterio atto a distinguere i casi suscettivi di semplici reclami amministrativi, da quelli in cui si può formalmente agire in linea contenziosa. Ma per comprenderlo in tutta la sua estensione, è mestieri ben colpire la differenza caratteristica che intercede tra un *interesse* ed un *dritto*: sempre che vi esiste un dritto, vi è anche l'interesse ad esercitarlo; ma non sempre che vi è un interesse qualunque, può dirsi anche esistente un dritto. Per dritto, intendo dire un *dritto acquistato*, o che tale si pretende, cioè uu dritto individualmente dichiarato sia dal legislatore, sia dallo stesso amministratore, in guisa che nella esecuzione non si possa con atti d'imperio rendersi superiore alla stessa legge o all'atto ammininistrativo che lo dichiara e lo riconosce.

## §. XXXVIII.

### *Varî esempî sul proposito.*

77. In tutti gli esempî che ho cennati precedentemente, il potere amministrativo coi suoi atti può ferire o nuocere agli *interessi* degl' individui rispetto ai quali ha preso delle determinazioni, ma non toglie loro niun dritto fondato sulla legge. Così, quando un' ordinanza rifiuta di autorizzare lo stabilimento di un mulino ad acqua, di un qualunque opificio incomodo o nocivo, o nega la concessione dello scavo di una miniera scoperta da chi reclama ; in tali ed altri casi simili può certamente l' *interesse* dei petizionarî ricever nocumento da questo rifiuto di autorizzazione, ma non potrebbero essi allegare che il loro *dritto* sia stato violato, perciocchè niuna legge riconosce in essi un tal diritto. Essa invece ha interamente abbandonato al potere discrezionale dell' amministrazione la facoltà d' impartire le autorizzazioni, i permessi e le concessioni di cui si tratta. Così anche, il cangiamento di cognome che s' impetra dal governo, non costituisce per chi lo domanda, che un semplice *interesse;* ond' è che la facoltà di negarlo è tutta nel suo potere discrezionale, nè quindi l'ordinanza contenente rifiuto di autorizzazione potrebbe essere attaccata nella forma contenziosa.

78. Ma altri esempî faranno rilevare la differenza tra l'interesse ed il dritto. In materia di strade, ho detto che tutte le operazioni cui procede il potere amministrativo per la loro costruzione, costituiscono atti d' imperio. In conseguenza, quando l' amministrazione ha fissata la linea che dovrà seguire la strada, niun proprietario può agire in linea contenziosa per impedire che la strada attraversi il suo fondo: possono essi avere *interesse* che ciò non avvenga, ma non potrebbero affacciare alcun *dritto* che li esenti da quest' obbligo. L'amministrazione nell'usare del potere che le è affidato, può ferire dunque un interesse, non mai un dritto. Ma quan-

do poi si procede alla effettiva esecuzione e si espropria il possessore del fondo per causa di pubblica utilità, allora si manifesta un *dritto* formale, quello cioè di essere soddisfatto del fondo di cui è privato, dritto che trova il suo appoggio in una legge che lo dichiara. Ben può dunque il proprietario agire giudiziariamente contro l'amministrazione, per la valutazione della indennità corrispondente al valore del suo fondo.

79. Un altro esempio si ha in materia di contribuzioni. Le leggi finanziere stabiliscono la quantità del peso fondiale che ciascun proprietario di fondi può esser costretto a pagare in proporzione di quanto possiede. In ciascun contribuente vi esiste quindi un *dritto* acquistato di non soggiacere ad un peso maggiore di quello fissato dalla legge. Ora l'amministrazione pubblica fa la ripartizione della imposta diretta, stabilita dal legislatore, e ne distende i ruoli che indicano la quota a carico di ciascun proprietario. Con ciò essa fa un atto d'imperio, e tutti debbono prestare obbedienza ai suoi ordinativi che dichiarano esecutivi tali ruoli. Ben si comprende però che in questa ripartizione possono cadervi errori, inesattezze ed inuguaglianze proporzionali tra i contribuenti. Ecco il caso in cui si trova violato non un semplice *interesse*, ma un *dritto* legale: ciascuno quindi avrà facoltà di chiamare in giudizio l'amministratore, allorchè nella riscossione si vegga aggravato di un peso maggiore di quello imposto dalla legge.

## §. XXXIX.

### *Enumerazione degli oggetti amministrativi pei quali può verificarsi una lesione di dritto.*

80. Dalla sviluppo fatto precedentemente risulta, che non in tutte le materie le quali possono qualificarsi come *oggetti di pubblica amministrazione*, può darsi luogo ad un formale dibattimento contenzioso. Ciò fa sentire la necessità di determinare un altro princi-

pio che contenga il carattere astratto di quegli oggetti amministrativi, su i quali è possibile un giudizio, perchè su di essi può verificarsi l'esistenza di un dritto, la cui lesione presti materia a contesa. Ciò appunto è stato dichiarato dall' art. 4. della l. del 21 marzo 1817, il quale formola le condizioni scientifiche, da cui può riconoscersi questa specie di oggetti di pubblica amministrazione. Essa definisce come tali, 1.° *le cose che non vengono possedute a titolo di proprietà privata da alcuno;* 2.° *le istituzioni e le forme dirette a conservare l' integrità e la destinazione di queste cose medesime.*

81. Sotto il primo carattere essa comprende non solamente ciò che si denomina *proprietà pubblica*, ma ancora tutto quello che, non essendo rigorosamente una proprietà, è però un obbietto materiale non suscettivo di appropriazione individuale. Sotto la universalità del vocabolo *cose* va necessariamente a collocarsi qualunque oggetto il quale, sottraendosi a questa privata appropriazione, diventa materia speciale dell' azione amministrativa. Sotto il secondo poi essa riassume appunto tutte le operazioni e gli atti d' imperio, a cui è deputata l'amministrazione per tutelare e mantenere incolumi tali cose pubbliche. È su tali cose pubbliche, o per occasioni di tali cose, che possono sorgere pretensioni giuridiche, ossia diritti formali, perciocchè le cose saran sempre l'obbietto perpetuo dei diritti; è il movimento amministrativo su tali cose pubbliche, che può cagionare una lesione di diritti, e quindi far nascere una materia contenziosa. Laonde tutti gli oggetti amministrativi che possono prestar materia ai giudizî, si riassumono sotto queste due idee semplici, cioè o le cose pubbliche, o gli atti amministrativi che direttamente le riguardano.

82. La specificazione e l' esemplificazione che ne fa la stessa legge, chiarisce il significato vero di questi caratteri astratti. Si è detto e si sostiene essere uffizio di ogni buona legislazione il descrivere, più che il definire; e veramente le definizioni sono opera più di un trattato, che di una legge; più magistero di scienza, che

non di arte. Ma se ciò è vero come canone generale, non è men vero però, che quando la legge si serve contemporaneamente delle due forme, e quando unisce ad una definizione esattamente scientifica la specificazione degli oggetti definiti, un tal procedimento riesca sommamente proficuo ad esprimere lucidamente il concetto e l'intendimento del legislatore. Così appunto ha operato la nostra legge del 1817, la quale dopo aver determinato le condizioni astratte di quegli oggetti amministrativi che possono dare occasione ad un giudizio, fa la enumerazione di tutti quelli che rientrano in ciascuna di quelle categorie.

83. Sono quindi tali a senso della legge,

1.° Le strade, i corsi di acqua pubblica, e tutte quelle altre proprietà che son qualificate come pertinenze del demanio pubblico: la loro enumerazione se ne trova fatta nell'articolo 463 delle leggi civili.

2.° Per un'assimilazione, i beni dello stato, dei comuni, degli stabilimenti pubblici, della R. Casa, i siti reali, ed i beni riservati alla libera disposizione sovrana. Questi beni non sono cose *pubbliche*, nella rigorosa significazione del vocabolo; ma vengono annoverati tra gli oggetti di pubblica amministrazione per l'azione amministrativa che il potere esecutivo spiega su di essi, ossia per tutti gli atti ed i contratti da esso fatti per la loro amministrazione, integrità e destinazione.

3.° Le opere ed i lavori pubblici, i quali entrano tra gli oggetti amministrativi sotto un doppio aspetto, sia come cose pubbliche e non suscettive di privata proprietà, sia per tutte le operazioni ed atti dell'amministrazione relativamente alla loro esistenza e conservazione.

4.° Le contribuzioni pubbliche, per le quali vale la medesima considerazione.

5.° Tutti gli oggetti dell'amministrazione militare, cioè tutti gli atti amministrativi che possono riguardare sia la sussistenza della milizia, sia i lavori e le opere militari.

6.° Le leggi sulla navigazione, le quali costituiscono un ogget-

to di pubblica amministrazione, per quanto concerne la legittimità e l'appartenenza delle prede marittime.

7.° La contabilità dello stato, dei comuni e dei pubblici stabilimenti. Questa è anche un oggetto speciale di pubblica amministrazione, che rientra nella seconda categoria mentovata dalla legge, perchè è la forma o la istituzione vitale che tende alla integrità e destinazione del patrimonio rispettivo di quelle personalità morali.

8.° I dritti civici nei demani comunali. Questi costituiscono un oggetto amministrativo relativamente al loro godimento e modo di esercizio.

9.° Da ultimo, la facoltà di autorizzare lo stato, i comuni, l'amministrazione dei siti reali, ed altre persone morali a stare in giudizio, e quella di conciliarle coi privati che vogliano contro di esse promuovere un'azione. Si noti nondimeno, che ciò costituisce un oggetto di pubblica amministrazione non perchè questo possa per sè stesso dar luogo a contese, ma perchè costituisce un'importante formalità preliminare ne' giudizî contro questi enti morali. In quanto agli effetti giuridici che questa autorizzazione può produrre, ci rimettiamo a quanto si è notato nel precedente §. XXXIII, ove abbiamo fatto vedere che questi atti di tutela amministrativa non possono per sè medesimi dare adito ad un ricorso in forma contenziosa.

## §. XL.

### *Tale enumerazione non è limitativa.*

84. Non deggio però tralasciare un'avvertenza che a me sembra importantissima, ed è che la enumerazione fatta dalla legge di tutti questi oggetti amministrativi su i quali può esservi possibilità di un giudizio, non debbe intendersi in un senso strettamente limitativo, in guisa che sopra niun altro oggetto, eccetto quelli mentovati, non sia aperto l'adito ad una discussione contenziosa. Baste-

rà che un oggetto qualunque di pubblica amministrazione possa assumere uno dei due caratteri generali indicati dalla legge, per dirsi possibile un giudizio, quando vi è una lesione di diritti.

85. Avendo dunque sviluppato quali sono le materie amministrative che possono prestare occasione ad un solenne dibattimento giudiziario, possiamo riassumerne il principio corrispondente nella seguente formola: « Gli oggetti di amministrazione pubblica che possono operare una lesione di un dritto, e non di un semplice interesse, atta a provocare un giudizio, sono tutte le cose non suscettive di privata appropriazione, e tutte le forme ed atti amministrativi intesi a mantenerne la incolumità e destinazione ».

## §. XLI.

### *Formola ultima e compiuta per determinare la competenza amministrativa.*

86. Da tutto lo sviluppo dei principî fatto sino a questa punto, possiamo trarre, come corollario conseguente, un ultimo canone, il quale ci somministrerà la formola ultima e precisa contenente il criterio conoscitivo della competenza.

87. Ritenuto che l'esistenza di un oggetto di amministrazione pubblica che formi materia di una contesa, è la condizione perpetua la quale può provocare la giurisdizione amministrativa ; posto che l'azione amministrativa può far nascere un giudizio quando operi la lesione, non già di un semplice interesse, ma di un dritto ; posto d'altra parte, che quando la materia della controversia è un dritto di proprietà, o di famiglia o un'azione puramente civile, cessa ogni competenza amministrativa ; possiamo riassumere e compendiare il principio astratto della competenza nella seguente regola : — « Quando il movimento dell'azione amministrativa sopra un oggetto di amministrazione pubblica, nell'operare una lesione di un

dritto, dia nascimento ad una quistione di proprietà o di famiglia, o ad un' azione meramente civile, la competenza è ordinaria. Quando all'opposto il dritto leso non esce dalla sfera dello stesso oggetto amministrativo, per modo che la contesa cada sopra materie o diritti incompetenti all'individuo come privato, ed inchiudenti un interesse pubblico, la competenza sarà amministrativa. »

## §. XLII.

### *Esempî che chiariscono il principio.*

88. Qualche esempio porrà in evidenza la verità e l'esattezza di questo canone, mostrando come, sopra un medesimo oggetto di amministrazione pubblica, può nascere l'una e l'altra specie di contesa, che dan luogo alla giurisdizione amministrativa ed all' ordinaria.

1.° Esempio — Oggetto di amministrazione pubblica è senza dubbio il reclutamento dell' esercito. Per esso il potere amministrativo procede ad una serie non interrotta di operazioni e di atti, affinchè ciascun comune presenti il contingente di uomini determinato. Intanto la legge ha sul proposito stabilito i casi e le condizioni, che sottopongono l'individuo a questo peso personale, e quelli che ne lo rendono esente. Colui, che a modo d' esempio è sostegno di famiglia, o colui che è unico assoluto, non sono soggetti alla coscrizione, e perciò hanno un *dritto* di essere esclusi dal sorteggio e di non essere astretti a marciare. Se l'amministrazione viola questo *dritto*, ecco la necessità di un giudizio, il quale è di sua natura essenzialmente amministrativo, perchè trattasi di una contesa che non esce dal campo stesso dell'oggetto amministrativo, di una contesa che cade, non già sopra un dritto *privato*, ma sopra un dritto che si pretende esercitare in faccia allo stato, e che nasce dalle relazioni giuridiche tra lo stato e l'individuo. — Ma se poi, indipendentemente da questo caso, quegli che pretenda di non essere obbligato

a marciare, poggi il suo diritto sul motivo di dovere esser considerato come *straniero*, ecco una contesa che versa sulla *qualità* o sullo *stato* dell'individuo, e che concerne quindi i dritti civili, ed i doveri correlativi che ne dipendono. Allora questo giudizio diventa di natura meramente privata, e si sottrae al giudice amministrativo. La contesa allora, sebbene nasca *ad occasione* di un oggetto amministrativo, esce però da questo campo e si agita in quello che concerne dritti di famiglia, di qualità, di stato, che son devoluti esclusivamente al giudice ordinario.

89. — 2.° *Esempio.* — L'amministrazione fa un regolamento amministrativo circa il metodo, il tempo e le ore in cui si può fare uso delle acque di un canale pubblico per la irrigazione dei fondi, ovvero circa i diritti di uso dei ripuari di un fiume pubblico. Ecco un oggetto importante di pubblica amministrazione. Se tra gli usuari nasca quistione circa il modo e l'estensione dei loro diritti vicendevoli, in guisa che sia necessario determinare il senso e gli effetti legali del regolamento, sarà questa una quistione tutta amministrativa, perchè versa precisamente sullo stesso *oggetto amministrativo*, cioè la interpetrazione del regolamento. Ma se invece, per effetto di questo regolamento che attribuisce ad un proprietario il dritto di usare dell'acqua, l'esercizio di un tal diritto produca un danno materiale ad un'altra proprietà contigua, allora il giudizio che può nascere verserà sopra un'azione meramente civile per rifazione del danno: azione la quale, sebbene sia occasionata dall' *oggetto amministrativo*, val quanto dire dal regolamento che attribuisce il diritto di uso, pure rimane indipendente e staccata da esso, ed assume carattere e qualità di privato interesse.

90. — 3.° Esempio. — Altro oggetto di amministrazione pubblica è la gestione del patrimonio dello stato e dei comuni. Ad effettuarla, il potere amministrativo dà in fitto un fondo urbano di spettanza comunale: il contratto correlativo prende anch' esso la veste di *oggetto amministrativo*. In conseguenza, se tra il fittuario e l' amministrazione nasca contesa circa il valore e le conseguenze

di un patto scritto, la quistione sarà amministrativa perchè versa sull' atto stesso. Ma se, crollata una parte dell' edifizio, il fittuario promuova un giudizio di escomputo, su cui il contratto è silenzioso, ecco un' azione tutta civile e privata, e perciò di competenza ordinaria. In questo caso è chiarissimo, che quest' ultimo giudizio non potrebbe avere esistenza senza il precedente contratto amministrativo, che ne è la causa: ciò non di meno, poichè la contesa è semplicemente occasionata da esso, ma non versa su di esso, rimane perciò nel campo delle contese di natura tutta civile e privata.

91. — 4.° Esempio. — Un ultimo esempio dilucidera maggiormente la distinzione tra l' una e l' altra specie di contesa. Ho detto che la riscossione della pubblica imposta costituisce una tra le materie affidate al potere amministrativo; e per essa l'amministrazione procede ad una serie di moltiplici operazioni. Ho detto altresì, che quando il contribuente si querela di essere iscritto nei ruoli per una quota maggiore di quella voluta dalla legge, il giudizio che può nascere è d' indole amministrativa, perchè trattasi di una controversia sopra dritti ed obbligazioni dell' individuo verso la persona pubblica dello stato, ossia trattasi dello stesso oggetto amministrativo che forma materia della contesa. Ma se poi sia certo e definito il peso del contribuente, fingasi che per riscuoterlo faccia mestieri procedere ad atti di esecuzione, come sarebbe un pegnoramento di mobili: in tal caso le quistioni che potrebbero sorgere in occasione di questo atto di esecuzione, ma che fossero delle azioni civili, rientrerebbero nella competenza ordinaria. Così, se dopo il pegnoramento si produca da un terzo il reclamo di proprietà, una tale azione non riguarda più in modo diretto la pubblica imposta e la sua riscossione, non versa più sull' oggetto amministrativo, ma unicamente sopra un dritto di proprietà reclamato dal terzo, e come tale è un' azione civile di competenza ordinaria.

92. Questi e moltissimi altri casi dimostrano adunque, che altro è il giudizio risguardante l' *oggetto amministrativo* in sè stesso, o i diritti degl' individui che direttamente a questo si legano, e che

perciò sono anch' essi un oggetto d' amministrazione pubblica; ed altro è quello che cade sopra controversie di dritto privato, comechè nate *ad occasione* di un oggetto amministrativo. In tutt'i casi figurati si scorge, che il punto o la linea di separazione tra l'uno e l'altro ordine di quistioni, e tra l' una e l' altra competenza, sta appunto nel colpire con precisione la formola che ho innanzi trascritta, la quale segna la distinzione tra dritti e materie che possono qualificarsi come oggetti amministrativi, e dritti e materie d' interesse meramente civile e privato.

# CAPO TERZO

## INDOLE PROPRIA DELLA GIURISDIZIONE AMMINISTRATIVA E SUE CONSEGUENZE.

### SEZIONE 1.ª

Della qualità eccezionale della giurisdizione attribuita al giudice amministrativo. Corollarii giuridici che ne procedono.

§. *XLIII.* — *Distinzione tra la semplice* cognizione *e la* giurisdizione piena.

§. *XLIV.* — *Principio di ragion pubblica che limita alla semplice* cognizione *il potere del giudice amministrativo.*

§. *XLV.* — *Nelle materie ordinarie non può prorogarsi la giurisdizione al giudice amministrativo, ancorchè sievi il silenzio o l'accettazione delle parti. Giurisprudenza.*

§. *XLVI.* — Quid *nelle quistioni d' indole mista?*

§. *XLVII.* — *La giurisprudenza amministrativa sul proposito è oscillante. Rescritto.*

§. *XLVIII.* — *Altro rescritto nel medesimo senso.*

§. *XLIX.* — *Altri rescritti che attribuiscono l' integrità del giudizio al tribunale amministrativo.*

§. *L.* — *In massima , ogni quistione mista dee scindersi.*

§. *LI.* — Quid *nelle quistioni incidenti?*

§. *LII.* — Quid *nelle pregiudiziali?* — *Rescritto.*

§. *LIII.* — *La eccezione è giudicabile dal medesimo giudice investito dell' azione.*

§. *LIV.* — *Rescritto nella causa tra il Demanio pubblico ed il Marchese di Sortino.*

## §. XLIII.

### *Distinzione tra la semplice* cognizione *e la* giurisdizione piena.

93. Secondo la teorica elementare riconosciuta nelle scuole, diconsi tribunali *ordinarî* quelli i quali hanno la pienezza della giurisdizione, val quanto dire, quelli che non solamente giudicano della contesa, ma conoscono ancora della *esecuzione* delle loro sentenze. Per l'opposto, quelli i quali hanno la facoltà limitata di poter giudicare sopra talune specie di controversie, senza che in pari tempo sieno investiti del dritto di conoscere della esecuzione delle loro decisioni diffinitive, quelli sono tribunali straordinarî ed eccezionali. I mezzi di coazione e tutte le contese che possono insorgere per tale esecuzione, appartengono ai tribunali ordinarî, i quali han senza dubbio la pienezza della giurisdizione. I tribunali amministrativi adunque, a norma della nostra legge del 1817, sono tribunali straordinarî ed eccezionali relativamente alla gerarchia civile, perchè è loro vietato di conoscere della esecuzione delle loro decisioni e dei mezzi di coazione: ad essi non è attribuita che la semplice *cognizione*, vale a dire una giurisdizione semipiena ed imperfetta, mentre la seconda poi è investita della giurisdizione piena, *habet imperium cui inest jurisdictio.*

## §. XLIV.

### *Principio di ragion pubblica, che limita alla semplice* cognizione *il potere del giudice amministrativo.*

94. La considerazione che ha fatto attribuire ai tribunali amministrativi questa specie di giurisdizione imperfetta, e che li ha fatti qualificare come giudici eccezionali, a mio credere, mette capo ad un alto principio di pubblico dritto, cioè a quello della separa-

zione ed indipendenza reciproca tra le due supreme funzioni esecutive dello stato, l' amministrativa e la giudiziaria. Riconosciuta la necessità di questo principio come base fondamentale dell'ordinamento politico dello stato, ne dee procedere come una conseguenza diretta ed indispensabile la qualità eccezionale della competenza amministrativa.

93. E veramente, ho già fatto notare, che la istituzione di giudici speciali, delegati a conoscere delle controversie d' indole amministrativa, è legittimata appunto dalla necessità di mantenere inviolata la indipendenza del potere amministrativo dal potere giudiziario; perciocchè, se quest'ultimo potesse giudicar le contese che versano sopra oggetti di pubblica amministrazione, signoreggerebbe allora tutto il movimento e l' azione amministrativa, e si collocherebbe in un punto dominante e superiore a quel potere, che debbe stargli necessariamente uguale e parallelo, ma indipendente. Or quel medesimo principio risguardante la inviolabilità della loro reciproca separazione ed indipendenza, dee produrre la medesima conseguenza in ordine al potere giudiziario, e debbe fare attribuire non altro che la semplice *cognizione* al giudice amministrativo. In effetti, se questo fosse stato investito di una giurisdizione piena nei giudizî amministrativi, si sarebbe con ciò sottratto alla gerarchia giudiziaria una parte essenziale del suo potere; si sarebbe duplicato il potere giudiziario dello stato; o in altri termini si sarebbe cumulato in una medesima gerarchia il potere giudiziario con l'amministrativo, con manifesta violazione di quel principio che ha fatto stabilire tra essi una separazione compiuta e profonda. Laonde, se nell' interesse della indipendenza della gerarchia amministrativa dovea la legge ad essa delegare la *cognizione* nei giudizî amministrativi, nell' interesse poi della gerarchia giudiziaria dovea, come ha fatto, limitare a questa semplice funzione la delegazione fatta alla prima. Con questa ingegnosa combinazione il legislatore ha saputo tutelare la inviolabilità rispettiva di ciascuno dei due poteri, dando all'amministrativo la potestà di fare atti di semplice *cognizione*, compiuti i quali, rivive

per le operazioni susseguenti la potestà inerente alla gerarchia giudiziaria, la quale è sola investita della giudicatura, nella pienezza del significato, *sola habet imperium cui inest jurisdictio.*

96. Non si perda adunque di veduta questo importante principio di dritto, dal quale procedono gravi conseguenze nell'applicazione, cioè che le decisioni del giudice amministrativo non sono che nudi atti di *cognizione*, e che in virtù di questa limitata e circoscritta delegazione, fondata e richiesta da una politica necessità, la competenza amministrativa non è che straordinaria ed eccezionale.

## §. XLV.

*Nelle materie ordinarie non può prorogarsi la giurisdizione al giudice amministrativo, ancorchè sievi il silenzio o l' accettazione delle parti. Giurisprudenza.*

97. La prima conseguenza che direttamente procede, come un corollario conseguente da questo principio, è che i tribunali amministrativi non possono conoscere che del solo contenzioso dell'amministrazione, e solamente nei limiti segnati dalla legge o dai regolamenti; sempre, cioè, che la controversia cada sopra una materia o sopra un dritto che possa qualificarsi come oggetto di amministrazione pubblica. Quindi essi non possono, in alcun caso, sievi o non sievi la domanda di declinatoria delle parti, avocare o ritener di officio tutte quelle quistioni che sono d'interesse privato, come sono le quistioni di stato o di qualità, di dritti civili, di proprietà privata, di servitù, di possesso, ec.

98. Anzi aggiungerò, che non già il solo silenzio delle parti in ordine all'incompetenza, ma neppure la loro domanda espressa, con la quale si presentassero innanzi al giudice amministrativo per una quistione d'interesse privato, non potrebb' esser mai valevole a covrire la sua competenza. Come giudice di eccezione la sua giurisdizione è improrogabile, e debbe rigorosamente limitarsi alla sola co-

gnizione delle contese sopra oggetti amministrativi. Questo principio che trova il suo fondamento nelle regole elementari di dritto, ha anche l' appoggio della costante giurisprudenza del Consiglio di Stato in Francia, come può specialmente vedersi da due Ordinanze del 18 aprile 1816 ( *Rérolle* ) e 25 gennaio 1839 ( Com. di Continvoir C. il Com. di Retigny (1) ), con le quali furono annullate delle decisioni di consigli di prefettura sopra azioni civili di proprietà, non ostante che le parti avessero accettata la giurisdizione amministrativa, senza eccepire la incompetenza nel corso del giudizio.

## §. XLVI.

### Quid *nelle quistioni d' indole mista* ?

99. Ma che mai dovrà dirsi quando l' azione che si promuove innanzi il giudice amministrativo sia complessiva, val quanto dire, mista di una quistione amministrativa e di una quistione giudiziaria, in guisa che l' una sia legata e dipendente dall' altra ? In tal caso potrà forse quel giudice ritenere e giudicare sull'azione nella sua integrità, ovvero dovrà scindersi e rinviarsi al giudice civile quella parte ch' è di sua competenza? La legge è silenziosa su questo punto ; dal che è proceduto che qualche scrittore, desideroso di dare alla competenza amministrativa un elaterio eccedente i suoi naturali confini, ha sostenuto che quando una volta il giudice amministrativo sia stato impossessato della controversia, le quistioni civili debbano esser tratte alla sua competenza, quando sieno connesse e dipendenti dalla quistione amministrativa ; e che non possa spogliarsene senza violare il principio della continenza ed individuità della causa. E questo principio si pone innanzi come una regola assoluta, alla quale a mala pena fanno eccezione per quelle quistioni civili di supremo interesse dei privati, quali sono le quistioni di proprietà e di stato.

(1) Journal du Palais, Jurisprudence Administrative, v. 2.° e 7.°

## §. XLVII.

*La giurisprudenza amministrativa sul proposito è oscillante. Rescritto.*

100. Se si consulti la sovrana giurisprudenza amministrativa, contenuta in varî rescritti, si scorge una certa oscillazione nel diffinire una tale quistione; dappoichè in alcuni si ritiene con molta nettezza il principio della separazione tra l'una e l'altra specie di controversie, e del rinvio al rispettivo giudice; ma in altri poi si consacra il principio, che tutta la causa sia del giudice amministrativo, specialmente quando si tratti di contesa circa la validità o l'interpetrazione di un atto amministrativo. Tornerà utile pei lettori riportar qui il testo sì dei primi, che dei secondi.

101. Un primo rescritto è del 9 agosto 1817 tra D. G. Battista Marini ed il comune di Potenza. Eccone la specie:

Il Sindaco del Comune di Potenza istituì in quel tribunale civile un procedimento di espropriazione di alcuni fondi contro D. G. Battista Marini per un credito di Duc. 6339, 06. Il titolo di tale credito nasceva da un atto notariale per causa di affitto della gabella del vino presa dal Marini alla subasta, per gli anni 1813 e 1814. Il Marini si oppose al procedimento, dicendo, che l'istrumento costituente il titolo di credito, non era autentico, nè esecutivo perchè mancante di alcune formalità; che il credito non era liquido; che la obbligazione contratta dal prenditore del dazio in affitto poggiò su di un errore, essendosi mal calcolato il prodotto del dazio sopra basi erronee fissate dall'Intendente; che dal preteso credito dovean farsi varie deduzioni per somme pagate, per escomputo, per esazioni pendenti, che il comune dovea ripigliarsi per essergli mancata la forza per le coazioni, e per altre cagioni. Avendo il Comune conchiuso pel rigetto di tali deduzioni, il tribunale supponendo nel fatto essersi elevata quistione di competenza, si di-

chiarò incompetente con sentenza del 5 giugno 1816, dal perchè le eccezioni del Marini, in parte eran dirette a distruggere il contratto, ed in parte a distruggerne le conseguenze: e che l' autorità amministrativa non potea conoscere che della intelligenza dei patti, e non già dei loro effetti legali. All' opposto l' intendente, con deliberazione motivata del 20 luglio 1816 elevò il conflitto, dicendo che in tutti gli affari contenziosi, che prima erano giudicabili dalla Camera della Sommaria, eran succeduti i Consigli d' Intendenza. Il Rescritto che lo sciolse, fu concepito nei seguenti termini:

102. « Il Supremo Consiglio, nella Camera di giustizia ed affari ecclesiastici, unita a quella dell' Interno e finanze, ha osservato, ch' essendo con la nuova legge del marzo 1817 cessate le antiche leggi provvisoriamente in vigore, ed essendo le eccezioni del Marini in parte dirette ad annullare il contratto per cagione di errori nei calcoli del prodotto del dazio fatti dall' Intendente ed in parte a diminuire il di lui debito per altre cagioni di deduzioni e di escomputi; per l' art. 5, n. 3 e per l' art. 8 di detta legge, la cognizione delle eccezioni dirette ad annullare il contratto per cagione di errore, e per falsi calcoli, appartiene al Consiglio d' Intendenza, riguardando la validità o invalidità del contratto, ai termini degli art. 1109 e 1110 del Codice civile provvisoriamente in vigore; e tutte le altre cognizioni appartengono per regola al tribunale civile. Ond' è di avviso, che il tribunale civile debba continuare a procedere nel giudizio di espropria, e conoscere delle eccezioni del debitore della seconda specie, inclusa l' autenticità del titolo, giusta la legge sul notariato. Che il Marini, volendo attaccare la validità del contratto per cagione di errore, debba adire il Consiglio d' Intendenza, salvo al tribunale di decidere, se tal cognizione da rimettersi al Consiglio d' Intendenza, possa arrestare il corso del giudizio di espropria per esecuzione di obbligo contenuto in atto notariale. — Approvato con R. Rescritto del 9 agosto 1817 ».

## §. XLVIII.

*Altro rescritto nel medesimo senso.*

103. Un altro rescritto è del 7 febbraio 1838, concepito nei seguenti termini. — « Ho rassegnato a S. M. le carte relative al » conflitto di attribuzione elevato fra l' autorità giudiziaria e quel- » la del contenzioso amministrativo della valle di Caltanisetta, ad » occasione di ordinanza del Sindaco di Terranova per demolizione » di opere costrutte da Innocenzo ed Errico Rosso, per deviare il » corso di acque che pretendonsi proprietà pubblica. — La M. S. » considerato essersi nella specie riconosciuto la proprietà pubblica » delle acque, nel Consiglio Ordinario di Stato dei 3 andante, uni- » formemente all' avviso della Consulta, si è degnata dichiarare es- » sere nella specie medesima competente l' autorità del contenzioso » amministrativo, salvo, se quistioni incidenti sorgessero di esclu- » siva competenza del contenzioso giudiziario, il rinvio particolare » delle quistioni medesime ».

## §. XLIX.

*Altri rescritti che attribuiscono la integrità del giudizio al tribunale amministrativo.*

104. Questi due rescritti adunque, e molti altri che qui non trascrivo, ma che riprodurrò in luogo più opportuno, limpidamente stabiliscono il principio del rinvio a ciascun giudice per le quistioni di propria competenza. Ma i seguenti però ritengono il principio opposto, e dichiarano che la causa passi nella sua integrità al giudice amministrativo, sempre che sorga la quistione di validità o interpetrazione di atto. Eccone il tenore;

105. Il primo è del 7 settembre 1839, diretto al Luogote-

nente di Sicilia. — « Ho rassegnato a S. M. nell' ordinario consi-
» glio di stato dei 2 andante le carte da V. E. trasmessemi in uf-
» ficio dei 25 di quest' anno , le quali risguardano il conflitto di
» attribuzioni elevato fra cotesto tribunale ed il consiglio d' Inten-
» denza nel giudizio istituito presso il detto tribunale da D. Luigi
» Musso contro ai deputati della Grotta di S. Rosolia in Monte
» Pellegrino , per essere soddisfatto di arretrati a ragione di un
» assegnamento vitalizio fatto dai deputati stessi nello accordargli il
» riposo della carica di cassiere ed agente di detta opera. Riguar-
» dava il tribunale civile come un' azione meramente civile quella
» di cui trattasi ; e considerava che ove occorresse esame sulla le-
» gittimità , validità o interpetrazione del titolo , potesse questo ri-
» mettersi al contenzioso amministrativo , senza alterare la compe-
» tenza dell'azione principale. Il consiglio d'Intendenza allegava trat-
» tarsi di credito nascente da atti amministrativi , esservi necessi-
» tà d' interpetrazione degli stessi, esistere dubbio sulla validità del-
» la concessione per difetto dei deputati. Ho rassegnato altresì a S.
» M. l'avviso della consulta dei R. Dominî oltre il Faro. E S. M.
» sulla considerazione che si mette in dubbio se i deputati anzidet-
» ti avessero facoltà di rilasciare il titolo di credito da cui nasce
» l' azione , di che si fa materia di lite , ha dichiarato che nella
» specie sieno competenti a procedere le autorità del contenzioso
» amministrativo. Nel R. Nome ecc. »

106. Il secondo è degli 11 dicembre dello stesso anno 1839. Ecco come si esprime. — « Ho rassegnato a S. M. le carte tutte
» relative al conflitto di attribuzioni elevato nel giudizio istituito
» dalla Compagnia di Gesù innanzi al tribunale civile di Catania
» contro quel Comune , per riconoscimento di credito , e per pa-
» gamento di arretrato di annualità. Ho pure rassegnato alla M. S.
» il parere emesso dalla Consulta pei dominî oltre il Faro. E la
» M. S. nel consiglio ordinario di Stato dei 7 andante si è degna-
» ta ordinare , che nella enunciata specie di contesa , secondo la
» forma attuale , sieno competenti a procedere le autorità giudizia-

» rie. Ma che si trasporti poi tutta la causa alle autorità del con-
» tenzioso amministrativo, semprechè nella istruzione dello affare
» occorra dubbio o esame di atti amministrativi, su i quali sor-
» ga quistione d' intelligenza, o di validità dei detti atti ammini-
» strativi ».

107. Un altro poi è del 27 maggio 1840. — « Ho rassegnato
» a S. M. le carte riguardanti il conflitto di attribuzioni elevato
» dall' Intendente di Terra di Lavoro, nella causa tra il Comune di
» S. Agata dei Goti e D. Filippo Cervo. Pretendeva questi il pa-
» gamento della pigione di una casa, mobili e fuoco, da lui affit-
» tata al Comune fin dal 1830 per uso della Cancelleria comunale
» e per l' uffizio dell'Eletto comunale. Il giudice del circondario era-
» si dichiarato incompetente; ma il tribunale civile, sulle uniformi
» conclusioni del pubblico ministero dichiarò la propria competen-
» za. S. M. ha ordinato, che l' azione istituita da D. Filippo Cer-
» vo sia meramente civile, e quindi, uniformemente al parere del-
» la maggioranza della consulta dei R. domini al di quà del Faro,
» ha ordinato nel Consiglio ordinario di Stato dei 22 del corrente,
» che la causa appartenga all' autorità giudiziaria. Nondimeno, se
» in qualunque parte della causa avvenga di farsi esame di vali-
» dità, di legittimità e d' interpetrazione di un atto amministrati-
» vo, ha dichiarato la M. S. che la causa passi di dritto all' auto-
» rità del contenzioso amministrativo. Nel Real Nome, ecc. »

## §. L.

*In massima, ogni quistione mista debbe scindersi.*

108. Da queste supreme decisioni non si scorge quali circostan-
ze di fatto abbiano potuto influire a far dichiarare un principio co-
sì assoluto. È a supporsi che la decisione della causa era tanto in-
separabile e connessa con l' interpetrazione, che non avrebbesi potu-
to rinviare al giudice amministrativo questa sola parte del giudizio,

senza attribuirgli tutta la causa nella totalità. Ad ogni modo questi rescritti, essendo delle decisioni di speciali casi, possono dare una norma di decidere in altri casi somiglianti, ma non costituiscono una dichiarazione di un principio assoluto da valere in ogni caso: tanto maggiormente che con altri, come ho notato, si è nitidamente consecrato un tutt' altro principio. Oltre a ciò, si ponga mente, che la norma indicata da questi ultimi rescritti potrebbe, tutto al più, ricevere applicazione, quando si trattasse di validità o interpetrazione di atti amministrativi, e non già in altri giudizî nei quali sorgessero quistioni miste di tutt' altra natura.

109. Adunque, ravvisando la quistione nella sua generalità, io dico, che se si ammettesse come un principio assoluto, che una quistione debba per qualsiasi ragione trarre l' altra a sè innanzi al giudice che attualmente è in possesso, benchè sia di diversa natura, nè di sua competenza, riuscirebbe allora oziosa ogni regola di competenza, e si tornerebbe in una perniciosa confusione di giurisdizioni, in forza della quale la competenza dei varî tribunali verrebbe quasi sempre regolata o dal caso o dalla priorità di tempo, ovvero anche dall' astuzie de' litiganti, e non già dalla natura propria delle materie che formano obbietto della controversia. Io quindi abbraccio l' opinione dei migliori scrittori, e che sono in più gran numero, i quali sostengono il principio rigoroso di doversi in ogni quistione mista, salvo ciò che dirò fra poco, dividere l' una parte dall' altra, rinviando ciascuna al proprio giudice. Per modo che, il giudice ordinario dovrà rinviare all' amministrativo le quistioni di contenzioso amministrativo, per riprendere il corso del giudizio dopo la diffinizione di queste; e similmente dovrà operarsi dal giudice amministrativo quando si trovi nel possesso di un giudizio. Per comprendere la esatta applicazione di questo principio, credo importante non perder di veduta le distinzioni di cui farò parola nei seguenti numeri.

## §. LI.

### Quid *nelle quistioni incidenti?*

110. In conseguenza del principio enunciato, il giudice amministrativo non potrà mai ritenere il giudizio di quelle quistioni che formano materia di azione civile ed ordinaria, quando esse sorgano come *incidenti* in un' azione principale ch' è di loro competenza, e di cui trovansi impossessati. Dovrà esso allora rinviar l'incidente innanzi al giudice ordinario, ed aspettarne la decisione per riprendere poi il corso del giudizio. Molti arresti del Consiglio di Stato in Francia hanno annullate delle decisioni di consigli di prefettura, perchè aveano ritenuto il giudizio su gl' incidenti, senza farne rinvio al tribunale competente (1).

## §. LII.

### Quid *nelle pregiudiziali? — Rescritto.*

111. In forza del medesimo principio, debbe dirsi lo stesso in quanto alle quistioni *pregiudiziali* all' azione amministrativa, le quali fossero di pura competenza ordinaria: tali sarebbero, a modo di esempio, le quistioni di domicilio, di stato, di danni ed interessi, d' incompatibilità ed altre. In tali casi debbe egualmente il tribunale amministrativo sospendere, fino a che il giudice ordinario abbia pronunziato sulla quistione pregiudiziale. Anche su questo punto è costante la giurisprudenza, nello stabilire come regola rigorosa il rinvio all'autorità competente di quelle quistioni da cui dipende il giu-

(1) V. Ord. 17 Dec. 1823 Dosenheim, e 22 agosto 1838 Bergues — J. du Palais, Juris, Admin.

dizio dell' azione principale (1), e che sieno di competenza ordinaria.

112. Un parere dell' abolito Supremo Consiglio di Cancelleria del 1° agosto 1812, conferma questo principio. Eccone le parole: » Il Consiglio di Stato, sul rapporto del Gran Giudice Ministro » della Giustizia, inteso il parere delle sue sezioni riunite di le- » gislazione ed interno circa il conflitto di attribuzione elevatosi in » causa Michele di Paolo e Giuseppe Moffa da una parte, ed il Sin- » daco e Clero del Comune di Riccia ed Angelo Moffa dall' altra » parte, tra il tribunale di prima istanza ed il Consiglio d' Inten- » denza della provincia di Molise: — Considerando, che nel concor- » so di più azioni istituite contemporaneamente da più attori, per » lo stesso oggetto, contro il medesimo reo convenuto, la pregiu- » diziale è quella che determina il foro; che nel soggetto caso dee » risguardarsi come tale quella istituita contro i Signori de Paola » e Moffa ( Giuseppe ) dal Clero di Riccia, perchè fondata sul di- » ritto di proprietà che esso pretende di avere del terreno, su cui » i convenuti hanno inteso d' innalzare un mulino; — Considerando, » che tutte le quistioni di proprietà sono di competenza esclusiva » dei tribunali ordinari: — È d' avviso, essere il tribunale di pri- » ma istanza di Molise il solo competente a procedere nella causa » suddetta. Dover però l' Intendente della provincia vigilare perchè » nulla, pendente il giudizio, s' innovi in pregiudizio della strada » che il Sindaco del Comune suddetto pretende poter soffrire danno » dalla costruzione del Molino controverso ».

(1) Ord. 22 febb. 1826 Vinter, 2 genn. 1838 Viennois, 25 genn. 1838 Can. d' Orleans, e C. di Cass. 11 agosto 1829, Court. — J. du Palais.

## §. LIII.

*La eccezione è giudicabile dal medesimo giudice investito dell' azione.*

113. Ma che si dirà poi, quando la quistione di competenza del giudice civile, sorga e venga prodotta, non già come incidente o come quistione pregiudiziale, ma come una *eccezione* all'azione principale di competenza amministrativa, e di cui già trovasi investito il giudice amministrativo? Sarà forse applicabile in tal caso il principio della divisione o rinvio di una parte del giudizio al magistrato ordinario? — Io suppongo che si tratti di una pura eccezione, vale a dire di una tale deduzione della parte, che sia connessa in modo con l' azione da formare un tutto logicamente indivisibile; in guisa che il giudizio sulla eccezione debba implicitamente pregiudicar quello sull' azione. In questo caso non parmi che possa ricevere applicazione il principio della divisione tra le diverse parti del giudizio, senza violare l'altro principio relativo alla continenza della causa, in forza del quale è massima ricevuta, che il giudice dell' azione debba anche giudicar della eccezione. Ove si ammettesse una diversa teorica, ne potrebbe avvenire uno di questi due sconci: il primo, che in un giudizio essenzialmente amministrativo, basterebbe dedurre una eccezione di competenza civile, per declinare la giurisdizione amministrativa, perciocchè il giudice civile nel pronunziar sulla eccezione giudicherebbe per necessità sull' azione e trarrebbe a sè l' intero giudizio; il secondo, che sopra una medesima azione potrebbero pronunziarsi due giudicati in senso opposto, perciocchè il giudice amministrativo, non essendo legato dal giudizio del magistrato ordinario sulla eccezione, potrebbe decidere contrariamente sull' azione. Parmi adunque che la natura della domanda principale sia quella che debba determinare la vera sede del

giudizio, e debba trarre a sè l' eccezione, quando anche fosse di competenza ordinaria.

## §. LIV.

### *Rescritto nella causa tra il Demanio pubblico ed il Marchese di Sortino.*

114. Questa quistione fu vivamente dibattuta nella celebre causa tra il Demanio pubblico ed il Marchese di Sortino, relativamente al giudizio revindicatorio intentato dal primo contro il secondo, per la causa del fiume Anapo in Sicilia e per gli antichi aquedotti Siracusani. L' amministrazione del Demanio, con azione principale, domandava innanzi al Consiglio d' Intendenza di Siracusa, di essere immessa per dritto di dominio nel possesso degli antichi aquedotti Siracusani e delle acque del fiume Anapo, condannandosi il Marchese di Sortino a rilasciar gli uni e le altre liberi. Il convenuto dedusse la incompetenza; subordinatamente la *prescrizione*, sostenendo il suo dominio privato. Nel tempo stesso, facendosi attore, adì il tribunale civile perchè dichiarasse che, a prescindere dai titoli, la prescrizione di lunghissimo tempo sugli aquedotti e sull' acqua, fosse di ostacolo a qualunque azione contraria tendente a turbarlo nel pacifico possesso goduto da secoli. Promossa questa azione innanzi al tribunale civile, il Marchese domandava al Consiglio d' Intendenza che rinviasse la quistione di prescrizione al tribunale, innanzi a cui in linea *principale* era dedotta la contestazione, sospendendo dal provvedere in merito, e ritenendo come *pregiudiziale* lo sviluppo dell' azione presentata al potere giudiziario. Il tribunale civile, avvertito con ufficio dell' Intendente, spiegò la sua competenza. L' Intendente ritenne invece la competenza amministrativa. Quindi conflitto.

115. Importantissima fu la discussione ch' ebbe luogo su tal quistione in grado di conflitto: per il che, credo utile riportare le

considerazioni del tribunale e quelle della R. Consulta sul proposito. Ecco come considerava quel tribunale in appoggio della sua competenza : — « Ritenuto l'art. 262 del R. decreto 11 ottobre 1817 ( uniforme all' art. 5, l. 21 marzo 1817 ), pel quale le azioni civili di qualunque natura , ove non cada in quistione la legittimità, la validità o la interpetrazione di un atto delle autorità amministrative , rifuggono dalla competenza del contenzioso amministrativo;— Che questa disposizione di legge è appoggiata a quel principio inconcusso , che le autorità incaricate di pronunziare sul contenzioso amministrativo sono giudici soltanto, quando negli atti sulla cui interpetrazione ed esecuzione si controverte , i ministri o l' amministrazione locale attiva , hanno agito come amministratori , e nello interesse generale ; — Che in tutt' altra contestazione i tribunali ordinarî sono i soli competenti ; — Che di fatti la Maestà del Re ( N. S. ) con Real Rescritto del dì 8 gennaio 1823 , volendo fissare la intelligenza del n. 3 dell' art. 5 della legge del 21 marzo 1817 emanata per Napoli , quale numero corrisponde perfettamente all'espressioni dello art. 262 detto di sopra , dichiarò che nelle controversie su i contratti passati con l' amministrazione pubblica , sieno competenti i giudici del contenzioso amministrativo se si tratti della intelligenza o esecuzione della volontà dei contraenti, e sieno poi competenti i tribunali ordinarî , quante volte nelle controversie anzidette si quistioni della intelligenza della legge , o della sua applicazione ad un caso non regolato dalla espressa volontà de' contraenti. — Che fissata a questo modo la volontà Sovrana per la competenza dei giudici del contenzioso amministrativo , sorge chiara la massima ovunque proclamata , che tutte le contestazioni , le quali possono essere regolate dalla legge civile, sono nel demanio dell'autorità giudiziaria , ed appartiene ai tribunali statuire su di esse. — Ritenuto che per gli articoli enunciati 632 e 2125 ll. cc. la prescrizione è uno dei differenti modi con cui si acquistano le proprietà ; — Che chiunque perciò si presenti alla giustizia , e dica e sostenga e dimandi dichiararsi avere egli acquistata col mezzo della *pre-*

*scrizione* la proprietà di un immobile, altro non fa che affacciare un dritto nascente dalla legge civile, e sulla legge civile fondato.— Che di fatti, in tal giudizio, niente altro viene in esame, se non la semplice applicazione di siffatta legge. — Che luminosi esempi esistono sulla materia, mediante i quali si scorge essersi dichiarati incompetenti i giudici del contenzioso amministrativo, ogni qual volta è stata portata al loro esame la quistione *pregiudiziale* della prescrizione; — Che applicando alla specie queste inconcusse teoriche, non può revocarsi in dubbio come l'azione del Marchese di Sortino, diretta a dichiararsi avere egli irrevocabilmente acquistata la proprietà delle acque e degli aquedotti col mezzo della prescrizione, sia un' azione meramente civile di competenza dei tribunali ordinarî;— Che ciò tanto più indubitato risulta, in quanto meno si vede di esservi stata mai alcuna convenzione tra l' amministrazione pubblica ed il detto Marchese, dalla intelligenza della quale possa dipendere l' esame della promossa quistione; — Che il Sovrano Rescritto partecipato con la venerata ministeriale degli 11 luglio 1834 deferisce solo, come di regola, al Consiglio d' Intendenza, il giudicare sull' azione rivindicatoria degli aquedotti antichi e delle acque del fiume Anapo, ma non vieta alle parti interessate lo sperimento di una qualunque altra azione civile innanzi ai tribunali competenti: — Che comunque ventilata siasi la prescrizione dallo stesso Marchese Sortino innanzi al Consiglio d' Intendenza *per via di eccezione*, tuttavia non potendo pel fatto delle parti spogliarsi il potere giudiziario di quella competenza che nell' interesse pubblico gli è stata dalla legge attribuita, non può il tribunale astenersi dal prendere conoscenza nell' azione dello stesso Sortino, promossa come azione principale. — Dichiara perciò la propria competenza nella causa introdotta dal Marchese di Sortino D. Biagio Gaetano con atto di citazione del 5 febbraio decorso, contro al Direttore generale dei rami e diritti diversi (1) ».

(1) Sentenza del Tribunale civile di Siracusa del 27 giugno 1825.

116. Contro questa sentenza dichiarativa della competenza, ecco per quali ragioni quell' Intendente elevava nelle forme legali il conflitto ; — « Considerando che con apposito Real Rescritto degli 11 luglio 1834 venne espressamente dichiarato , che la revindicatoria di cui è parola debba promuoversi non innanzi ai magistrati giudiziarî , nel qual caso sarebbe invocabile l' art. 164 della legge amministrativa ; ma bensì avanti ai giudici del contenzioso amministrativo ; — e quindi l' amministrazione dei demanî debba sperimentare la detta azione innanzi al consiglio d' Intendenza di Siracusa ; per cui , portato esame una volta sulla controversia di attribuzione , e col citato R. Rescritto risoluto , è fuori stazione la deliberazione del tribunale , con cui ha voluto portar nuova disamina su di un punto già deciso. — Considerando , che l' art. 262 del R. Decreto degli 11 ottobre 1817 ( art. 5 , l. 21 marzo 1817 ) invocato dal tribunal civile , lungi dal sostenere il suo assunto, prescrive il contrario , cioè di appartenere all' autorità giudiziaria l'esame ed il giudizio delle azioni tendenti a rivendicare il dominio di un immobile che non sia di quelli di pubblica proprietà descritti nell' articolo 258 ( art. 4 e 7 , l. 21 marzo 1817 ) ; giacchè è questo il caso della eccezione, mentre si tratta di oggetto di proprietà pubblica. — Attesochè il detto articolo 258 , a cui si riferisce l' art. 262 , comprende i fiumi , i canali , ed in generale tutto ciò ch' è una dipendenza del demanio e delle proprietà pubbliche, per le quali è imperiosamente prescritto di essere di esclusiva competenza del contenzioso amministrativo. — Considerando, che la prescrizione altro non è che *una eccezione all' azione principale* , e che ciò conoscendo il Marchese di Sortino , la oppose innanzi al consiglio d'Intendenza per servire di ostacolo alla domanda del Regio Demanio.— Considerando , che l' esame dell' *azione* principale è indivisibile per sua natura da quello della *eccezione*, e che da unico magistrato dee pronunziarsi sul merito di entrambe. — Considerando , ch' è massima consegnata nelle leggi che ci governano , che *il giudice dell' azione è giudice dell' eccezione*. — Considerando che il Marchese di

Sortino, col tradurre in domanda principale innanzi al tribunale civile quella eccezione che avea proposta innanzi al consiglio d'Intendenza, non può far cambiare di aspetto la contestazione, e toglierla dalla competenza del giudice che se n' era impadronito. — Considerando, che la domanda tardiva avanzata presso i giudici dell'ordine giudiziario non è diretta ad altro, che a fuggire dal giudizio di quel magistrato che tanto per attribuzione propria, quanto in seguito degli ordini Sovrani, dovea pronunziare; e che in qualunque aspetto si guardi, sfugge dalla competenza dei magistrati giudiziari, essendo chiamati dalla legge con precise parole i giudici del contenzioso amministrativo a pronunziare.— Per siffatte ragioni l'Intendente, non restando persuaso delle ragioni del tribunale civile di questa valle messe avanti per sostenere la competenza giudiziaria, facendo uso delle facoltà attribuitegli dall' art. 27 del decreto degli 11 ottobre 1817, e 8, 9, 10, 11, 12 delle istruzioni degl'Intendenti per l' adempimento dell' art. 31 dall' anzidetto R. Decreto, dichiara esser di competenza delle autorità amministrative l' affare di cui si tratta, e quindi esservi già conflitto di attribuzione (1) ».

117. Da questo atto di elevazione del conflitto si scorge, che quell' Intendente, oltre alle ragioni in merito, intese trarre anche un mezzo d' incompetenza da un precedente Rescritto del dì 11 luglio 1834, con cui erasi regolato, come un principio generale, lo sperimento dell' azione rivindicatoria innanzi al giudice amministrativo. — Interrrogata la Consulta sulla quistione, non vide essa in quel rescritto una decisione tale da imporre silenzio ad ogni contesa di competenza, che per via di conflitto avesse potuto giuridicamente elevarsi. Ma scendendo poi all'esame in merito, ecco per quali principali considerazioni fu di avviso doversi l'*integrità* del giudizio attribuire al giudice amministrativo: — » Comunque in tesi generale le controversie di proprietà e tutte quelle propriamente ci-

(1) Atto di elevazione del conflitto con uffizio dell' Intendenza di Siracusa, del 12 novembre 1835.

vili sieno attribuite ai giudici del contenzioso giudiziario, quel principio, ripetuto dall'art. 262 del Real Decreto degli 11 ottobre 1817 ( art. 5, leg. 21 marzo 1817 ), vien limitato, ivi stesso, pei giudizi tendenti a rivendicare il dominio d'immobili che sieno di pubblica proprietà, ai termini dell'art. 288 ( art. 4, 7, leg. 21 marzo 1817 ), o ad asserirne la libertà. E testualmente l'art. 258, nel descriverli, statuiva di appartenere, come conseguenze dell'articolo precedente, ai giudici del contenzioso amministrativo, tutte le liti che insorgono circa le strade pubbliche, i porti, i fiumi, i lidi, le ripe, i canali ec., ed in generale circa tutto quello ch' è dipendenza del demanio e delle proprietà pubbliche. — Da queste disposizioni, combinate coll' art. 257 ( art. 3, leg. 21 marzo 1817 ) che definisce contenzioso amministrativo tutto quello che in materia di amministrazione civile sta soggetto a litigio, ad esame, a decisione di giudice, ricongiunte all'art. 1.° del decreto medesimo ( art. 5, l. 21 marzo 1817 ) ove noverati si leggono largamente tutti gli oggetti, che interessanti il bene generale son materia dell'amministrazione civile, il cui contenzioso rientra nella competenza dei giudici dell' amministrazione istessa; sorge indubitata la teorica, che ancor le azioni di revindicazione delle proprietà pubbliche sieno a quelli attribuite. — Che anzi, notabile pel testo degli art. 257 e 258 egli è, che dalle amplissime parole onde furon dettati sorge, quasi regola, tutte le liti in materia di amministrazione civile, e circa gli oggetti di proprietà pubblica che ne dipendono, aver voluto il legislatore attribuire ai giudici del contenzioso amministrativo; e così che come eccezione si dichiarava, quasi escludendo, le azioni di revindica o di libertà d' immobili, le quistioni di stato e le azioni civili in generale essere di competenza dei giudici del contenzioso giudiziario, purchè non si tratti per le prime d' immobili che sieno di pubblica proprietà, e per le ultime di azioni in che cada esame di legittimità, di validità o d' interpetrazione di un atto delle autorità amministrative. — Da questo che giovava ricordare in teorica, può sorgere che le eccezioni pro-

priamente dette civili, che come tali, incidendo nei casi ordinarî, sarebbero da inviarsi alle autorità giudiziarie comuni, ove vengano dedotte in giudizî di vindicazione o di libertà d' immobili di pubblica proprietà, scinder non si debbano dall' azione; — imperciocchè, sebben questa, benchè di essenza è in primo ordine civile, pur volle la legge, per la maggior tutela delle cose pubbliche, attribuirla ai giudici del contenzioso amministrativo. E sarebbe non logico chi loro negasse il giudizio delle eccezioni, solo perchè civili, contra di un generale principio che vuole delle azioni e delle eccezioni un solo giudice, se non fra le une e le altre sia tale dissomiglianza, che al principio si opponga invincibile l'ostacolo di una incompetenza materiale assoluta. — Da ciò scendendo la Commessione a riguardare la specie, osserva trattarsi di revindica di acque di fiume, certamente pubblico per le antichissime leggi del regno, e di vetusti aquedotti, rimasti quasi eterni monumenti della grandezza della famosa Siracusa. Il Marchese di Sortino difendersi primamente e per un titolo oltre secolare, e per immemorabile possesso; ond' eccepiva in Consiglio d' Intendenza, e formalmente deduceva innanzi al tribunale civile il beneficio della prescrizione. Senza pregiudicare quì le quistioni del dritto giuridicamente dedotte, nè il fatto se il fiume Anapo o di sua proprietà sien le acque che il Marchese ha usate ed usa, e di che nella petizione del Demanio dicesi far colui in gran pregiudizio del pubblico uso, la Commissione vede nella causa un' azione per vindicare acque di pubblico fiume, e monumenti che per massima, rigorosamente applicata da due Sovrani decreti del 14 decembre 1819 e 13 maggio 1822, deggiono ascriversi nelle proprietà demaniali. — Considera, in quanto alle eccezioni del convenuto, che o pel titolo volesse difendersi, o per la prescrizione divisamente, o per ambo congiunti, era pur sempre in ogni ipotesi ragione che declinar non potrebbesi la giurisdizione propria dell' azione. Se pel primo, verrebbe in esame di quanto l' atto del 1576, allegato dal convenuto, sia da tenersi legittimo, valido ecc.; quistioni quindi di contenzioso amministrativo, anche per le

azioni civili a cui si connettono. Se nella prescrizione staccatamente volesse egli commettere ogni sua difesa, le cose dette in maniera di principio conchiuderebbero, che quella eccezione, comechè inoltre dedotta in principale nel tribunale civile, mal si dovrebbe scindere dall'azione di revindica, di che sarebbero giudici le autorità del contenzioso dell'amministrazione. Finalmente, se congiunti, come sembra, si allegassero titolo e prescrizione, che di vero staccar non si possono, la Commissione considera, che dove vi ha titolo, non vi ha prescrizione contro ed oltre al titolo: ed è volgare massima in dritto, che ogni evento posteriore di possesso va sempre riportato al primordio del titolo e ne è risoluto: dal che sorgerebbe, come viene nella specie, che la prescrizione, benchè di tempo lunghissimo, necessariamente dichiarata e regolabile dal titolo, non saprebbe star sola, non potrebbe per sè stessa acquistar dritto alcuno, onde mal vorrebbesi definirla essenzialmente civile, e staccatamente giudicabile dal magistrato civile. Nuova ragione, e non ultima si è, che dal titolo non disgiunta la prescrizione, non possa dar materia ad azione principale distinta innanzi a giudici diversi; e come eccezione libellata in azione diversa, molto meno trar potrebbe seco l'azione principale, e devolversi a giurisdizione non propria ».

118. Queste considerazioni della Consulta con le quali opinava non potersi scindere il giudizio della *eccezione* da quello dell'*azione*, e doversi quindi sciogliere il conflitto a pro del giudice amministrativo, innanzi a cui trovavasi già introdotto *principaliter* il giudizio, furono approvate con un Rescritto del 9 maggio 1838, con le seguenti parole: — « Ho rassegnato a S. M. le carte relative al conflitto di » attribuzione elevato nella causa ad istanza del direttor generale dei » rami e dritti riuniti rappresentante il pubblico Demanio, contra il » Marchese di Sortino. Nella specie di cotesto conflitto trattasi di » azione per occupazione degli antichi aquedotti Siracusani, e del» le acque provvenienti dal fiume Anapo da parte di detto Mar» chese.

« Ho pure rassegnato a S. M. il parere emesso in proposito » dalla Commissione dei conflitti nella Consulta del Regno. E la M. » S., considerato che trattasi di occupazione di cosa pubblica, uni- » formemente allo avviso della Commissione suddetta, nel Consiglio » ordinario di Stato del 13 andante, si è degnata dichiarare, che » sia competente a procedere nella enunciata causa l' autorità del » contenzioso amministrativo. Nel Real nome, ec. ec. ».

## SEZIONE 2.ª

### Sviluppo del principio che delega la esecuzione esclusivamente al giudice ordinario.

§. *LV.* — *Quale è il limite astratto e generale ove termina la potestà di* cognizione *del giudice amministrativo.*

§. *LVI.* — *Esempî di giurisprudenza straniera.*

§. *LVII.* — *Rescritti amministrativi che dichiarano il principio.*

§. *LVIII.* — *Prima eccezione al principio, quando si tratti di esecuzione in forma amministrativa.*

§. *LIX.* — *Seconda eccezione in ordine alle sentenze interlocutorie.*

§. *LX.* — *Terza eccezione relativa alla interpetrazione delle sentenze amministrative.*

§. *LXI.* — Quid *nel caso di decisioni di antichi tribunali?*— *Rescritto.*

§. *LXII.* — *Quarta eccezione risguardante le quistioni di validità o legalità delle decisioni amministrative. Giurisprudenza.*

§. *LXIII.* — Quid *nel caso di quistione di compensazione?*

§. *LXIV.* — *Rescritto che dichiara in tal caso la competenza amministrativa.*

## §. LV.

*Quale è il limite astratto e generale ove termina la potestà di cognizione del giudice amministrativo.*

119. Oltre tutte le conseguenze finora discorse, le quali derivano tutte come corollarî della qualità eccezionale inerente alla giurisdizione amministrativa, non bisogna perder di veduta un' ultima nè di minore importanza, cioè la mancanza di ogni potestà per gli atti di esecuzione. Ho già cennato di sopra, che le decisioni del giudice amministrativo non sono che semplici atti di cognizione: ad essi è applicabile quel principio della legislazione romana, *extremum jurisdictionis est sententia*. Quando il giudice amministrativo ha profferita la sua sentenza, è esaurito il suo mandato, è consumata la delegazione, nè potrebbe avere alcuna ingerenza giudiziaria negli atti di esecuzione e nelle corrispondenti controversie, il cui giudizio si devolve al potere ordinario, in forza della pienezza di sua giurisdizione.

120. Ma che cosa bisogna intendere per *esecuzione?* o in altri termini, qual' è il punto in cui finisce pel giudice amministrativo la sua potestà di *cognizione*, in guisa che ogni atto o controversia successiva rientri nella competenza ordinaria? — Al certo, il principio che ho enunciato non può intendersi in un senso così largo ed assoluto, da non comportare quelle eccezioni che derivano dalla stessa natura delle cose e delle attribuzioni del potere amministrativo. Per determinare adunque un principio semplice, dirò che quando il giudice abbia pronunziata una decisione di condanna *diffinitiva*, ha esaurita ogni sua delegazione, *functus est officio*: tutti gli atti di procedimento sulle persone e sulla proprietà in genere, per dare effetto a quella sentenza diffinitiva, e tutte le controversie risguardanti, sia la forma, sia il merito di questi atti di procedimento, vanno a riassumersi nel concetto espresso dal vocabolo

*esecuzione*, e formano quindi materia della giurisdizione ordinaria. Ogni qualvolta non viene attaccata la stessa decisione amministrativa, nè su di essa cade la controversia, ma invece ritenendosi essa come un titolo certo, valido e legale, si disputi sul valore e forma di quegli atti che in virtù di questo titolo si sono eseguiti, la competenza è civile.

## §. LVI.

### *Esempî di giurisprudenza straniera.*

121. Così, è una quistione di competenza dei tribunali ordinarî, la domanda di nullità, per vizio di forma, di un sequestro fatto in virtù di una decisione amministrativa ( Colmar 23 decembre 1816 ) (1). — È tale anche, e riguarda unicamente l'esecuzione, il giudizio sulla opposizione ad un atto di pegnoramento o sequestro eseguito in virtù della decisione ( Decr. 29 ag. 1809 ) (2). Lo stesso è a dirsi di quello risguardante la validità o invalidità di un sequestro presso terzo ( Ord. 3 dec. 1317 Treich-Desfarges ) (3). — Ed in generale di tutti gli atti, gl'incidenti e le quistioni risguardanti la vendita dei beni mobili o la espropriazione e vendita degl'immobili.

## §. LVII.

### *Rescritti amministrativi che dichiarano il principio.*

122. Oltre alla giurisprudenza straniera, varî sovrani rescritti hanno sviluppato il principio, che le quistioni relative ad atti di ese-

(1) Journ. du P.
(2) Jur. Adm. —, ivi.
(3) Ivi.

cuzione fatti in virtù di *atti amministrativi* ( fra i quali sono comprese necessariamente le sentenze amministrative ), sono di competenza ordinaria, purchè non cada in quistione il senso, la legalità o la invalidità di quegli atti.

123. Un primo rescritto è del 26 decembre 1817 nella causa tra Domenico de Luca e l' Amministrazione delle Scuole militari. Avea il primo preso in fitto dalla seconda tre botteghe nel recinto del Castello Nuovo per uso di vendita di commestibili. Per arretrati di pigione, l' amministrazione fece procedere al sequestro e vendita dei commestibili in dette botteghe esistenti, e fece anche sequestrare tutti gli utensili che in esse si rinvennero. — Il de Luca adì il giudice del quartiere S. Giuseppe, domandando la restituzione di duc. 200 ritratti dalla vendita dei commestibili, il prezzo degli altri oggetti sequestrati, i danni, spese ed interessi, e la ripristinazione nell' uso delle botteghe. Il giudice, con sua sentenza del 5 ottobre 1816, condannò in contumacia l' amministrazione al pagamento dei duc. 200; ed ordinò una perizia per gli altri capi. L'amministrazione allora appellò da tal sentenza innanzi al tribunale civile, ed eccepì l' incompetenza del potere giudiziario. Il tribunale civile, in data del 15 febbraio 1817, annullò la sentenza del giudice di pace, dichiarò incompetente lo stesso giudice, e dichiarò la sua propria competenza. Fu allora che l' Intendente di Napoli elevò il conflitto, il cui esame venne rimesso al Supremo Consiglio di cancelleria. Ecco come quel collegio considerò sulla quistione; — « Il » Supremo consiglio nelle indicate camere ha osservato, che l'azio» ne in restituzione di mobili, e del loro prezzo, malamente alie» nati per causa di pigione dovuta da D. Domenico de Luca al» l' amministrazione delle Scuole militari, non può non apparteno re al potere giudiziario per l' art. 5.° n. 3 della legge del 21 » marzo 1817 : non si tratta nè della vendita, nè della interpe» trazione del titolo di affitto, il quale è atto amministrativo, giac» chè non esiste veruna controversia del debito, ma solo della nul» lità degli atti di esecuzione e vendita di mobili seguìta per cau-

» sa del debito, e della restituzione degli utensili invenduti, la » quale cognizione è del potere giudiziario, non meno per regola, » come è detto nel citato art. 5.°, quanto per appartenere al me- » desimo potere giudiziario la cognizione degli atti e degl'inciden- » ti per la vendita dei beni mobili, o per l' espropriazione in for- » za di titoli amministrativi, giusta l' art. 27 della citata legge. È » quindi di avviso esser competente il potere giudiziario, e dovere » perciò il tribunale procedere. — Approvato con Real Rescritto del » 26 decembre 1817 ».

124. Un altro rescritto, nel medesimo senso, intervenne nella causa tra il Comune di Castelvetere e l' ex-barone Beaumont, relativa a sequestro conservatorio. Nella divisione dei demani, fatta in esecuzione di un' ordinanza del Commissario ripartitore tra il detto Comune ed il Barone, si pretese per parte del Comune, che quest'ultimo avesse occupato indebitamente tomoli 17 di terre; occupazione la quale, essendo stata approvata dall' Intendente, produsse un reclamo del comune stesso presso la G. C. dei conti. — L' ex-barone intanto domandò ed ottenne, dal giudice di circondario, un sequestro per misura conservatoria sopra i frutti delle dette tomola 17. In questo stato l' Intendente chiese al tribunale, che avesse inibito al giudice di procedere oltre nella causa, perchè il giudizio trovavasi introdotto innanzi al potere amministrativo. Il tribunale, avendo considerato che per l' art. 26 della legge organica giudiziaria i giudici di circondario, trattandosi di sequestro per misura conservatoria, sono competenti a procedere qualunque sia la somma per cui il sequestro si domandi, e che sarebbe quistione di merito, non di competenza, il vedere se pendente il richiamo prodotto dal comune nella gran corte dei conti, dovea o no il giudice di circondario ordinare il sequestro, venne perciò dichiarando essere competente il potere giudiziario. L'Intendente d'altra parte dichiarava, che pendente il reclamo nella gran corte dei conti su la proprietà del fondo in quistione, il solo potere amministrativo fosse competente a conoscere di qualunque controversia che fosse dipesa dalla quistione

principale; che mentre nella G. Corte dei conti si disputava se l'ex-barone era legittimo possessore del fondo in quistione, era assurdo che un altro potere avesse deciso della proprietà dei frutti, senza conoscere della legittimità del possesso; che l'art. 26 della legge organica giudiziaria allegato dal tribunale, dà la competenza al giudice di circondario nei sequestri per misura conservatoria, quando esista la qualità di creditore in colui che domanda il sequestro, qualità che nel caso è dubbia, perchè ne pende giudizio nella Gran Corte dei conti; e che per l'art. 186 della legge del 12 decembre 1816, sono attribuite alla cognizione del potere amministrativo, non solo le controversie che sorgono nella divisione dei demanî, ma quelle ancora che ne dipendono. — Elevato in conseguenza il conflitto, e rinviato per esame al Supremo Consiglio di Cancelleria, il medesimo considerò; — « Che l'ex-feudatario era in possesso del » territorio, giacchè il Comune pretende che questo l'abbia usur- » pato; — Che in tal possesso fu conservato da chi tenea le veci » di commissario ripartitore, interpetrando l'ordinanza equivoca del » suo antecessore; — Che contro le ordinanze dei Commissarî ri- » partitori non dassi verun gravame sospensivo per l'art. 5.° del » decreto del 23 ottobre 1819; — Considerando altronde che il po- » tere giudiziario è il giudice competente del sequestro dei frutti su » i fittaiuoli per sicurezza dei frutti, ed i comuni, anche nei pro- » prî fondi, volendoli eseguire, al potere giudiziario deggiono di- » rigersi secondo gli art. 902 a 904 delle leggi di procedura civi- » le, e per l'art. 26 della legge organica del 29 maggio 1816;— » Considerando che la quistione di proprietà pendente nella G. Cor- » te dei conti non è pregiudicata; — È di avviso che nella causa » il potere giudiziario sia competente. — Approvato con R. Rescrit- » to del 23 agosto 1820 ».

125. Un altro rescritto del 18 marzo 1840, diretto al Luogotenente generale in Sicilia, è del tenore seguente: — « Ho ras- » segnato a S. M. le carte ed il parere della consulta, concernen- » te il conflitto di attribuzione elevato dall'Intendente di Palermo

» nella causa tra D. Salvatore Mancuso, ed i fedecommessarî del-
» la eredità del di lui congiunto G. Battista Valleggio. Si trattava
» nella specie di domanda per convalidità di sequestro, e per con-
» danna a pagamento di un assegnamento annuo concessogli sulla ere-
» dità stessa per sovrana disposizione. E la M. S., considerato, che
» trattisi di validità di sequestro fondato sopra azione per credito,
» nel consiglio ordinario di Stato, dei 14 andante, si è degnata,
» uniformemente al parere della consulta, dichiarare che per la istan-
» za di che trattasi, in quanto tende alla condanna dell' eredità
» debitrice, sono competenti i giudici del contenzioso ordinario,
» salvo il rinviare alle competenti autorità amministrative le qui-
« stioni che possono mai sorgere circa la legittimità, validità, in-
» terpetrazione del Sovrano Rescritto di concessione, e che risguar-
» dino l'esame dei conti degli amministratori della eredità suddet-
» ta; e salvo al giudice l' esame della regolarità del procedimento
» di sequestro onde il giudizio procedeva; e salvo ancora l' esame,
» se sia preceduto al giudizio lo sperimento di conciliazione; — Nel
» Real Nome ecc. ».

## §. LVIII.

### *Prima eccezione a questo principio generale, quando si tratti di esecuzione in forma amministrativa.*

126. Ho detto però, che questo principio generale, dichiarato dalla legge e sviluppato dalla giurisprudenza e dai rescritti nelle sue diverse applicazioni, soggiace a talune eccezioni necessarie. È indispensabile quindi di formolarle con precisione. — 1.° La prima eccezione si verifica allorchè si tratti di decisioni amministrative, le quali, sebbene vadano a risolversi in una esecuzione contro la persona o la proprietà, pure non possano essere eseguite altrimenti che in forma amministrativa. Tale sarebbe il caso in cui la decisione ordinasse delle liquidazioni amministrative, come per esempio, il rimborso di

crediti sullo stato, delle restituzioni di derrate, merci o danaro indebitamente versato nelle casse dello stato, ecc. ( Ord. 22 febbr. 1826 Arfelière ) (1). È allora evidente che il giudice ordinario non potrebbe conoscere della esecuzione, senza ingerirsi nelle funzioni amministrative.

## §. LIX.

### *Seconda eccezione in ordine alle sentenze interlocutorie.*

127. —2.° La seconda eccezione avviene quando non si tratti di decisioni, le quali si risolvano in una esecuzione giudiziaria sulla persona o sulla proprietà, cioè quando non si tratti di decisioni *diffinitive*, ma di quelle che per via interlocutoria ordinano un mezzo d' istruzione, come una perizia, una visita sopra luogo, una pruova per testimoni, ec. La legge nel suo art. 27 non fa distinzione tra l' una e l'altra specie di decisione; ma è evidente che non avrebbesi potuto togliere la esecuzione delle preparatorie ed interlocutorie, senza togliere ad un tempo al giudice amministrativo i mezzi necessari per pronunziare una sentenza diffinitiva.

## §. LX.

### *Terza eccezione relativa alla interpetrazione delle sentenze amministrative.*

128. —3.° Un'altra eccezione risguarda le quistioni circa la interpetrazione e significato della decisione che si esegue. Se nel corso del procedimento e degli atti esecutivi, nasca controversia sul conoscere quale sia la vera e positiva interpetrazione della cosa giu-

(1) Jurispr. Adm. — e Cormenin. Dr. Adm. V. 1. p. 215 edizione del 1840.

dicata, allora una tale contesa, comechè sorga a causa della esecuzione, si sottrae però alla competenza civile, e rientra in quella del medesimo giudice amministrativo che ha profferito la sentenza. Questa eccezione mette capo a quel principio, che non può il potere giudiziario conoscere e giudicare del senso degli atti amministrativi, senza commettere un eccesso di potere.

## §. LXI.

Quid *nel caso di decisioni di antichi tribunali?* — *Rescritto.*

129. Ma che si dirà quando si tratta della interpetrazione di decisioni emanate dagli antichi tribunali? Ho già notato che nell'antico foro mancava una linea di separazione tra i tribunali amministrativi e gli ordinarî, e che quindi un medesimo giudice sentenziava sull' uno e sull' altro ordine di controversie. È chiaro adunque che bisogna fare una distinzione, e vedere se l' antico tribunale abbia proceduto come giudice ordinario, ovvero come giudice amministrativo; nel primo caso la competenza sarà del giudice civile, dell' amministrativo nel secondo.

130. Questo caso si presentò ad occasione della interpetrazione di un giudicato della R. Camera della Sommaria, e venne risoluto da un Rescritto del 13 genn. 1830, precisamente in questo senso, con le seguenti parole. — « Ho rassegnato a S. M. il con» flitto di attribuzione elevato fra l' autorità giudiziaria e quella del » contenzioso amministrativo nella causa che si agita tra il Duca » di Fragnito ed il comune di Valterino, sulla esecuzione di un » giudicato del 6 febbraio 1804 della già R. Camera della Somma» ria, ed il parere emesso da cotesta Consulta dei reali dominî al » di quà del Faro su tale contestazione. E S. M., avuto riguardo » che la R. Camera della Sommaria, avendo molte facoltà del con» tenzioso ordinario, non era un tribunale puramente amministrati» vo; che nel caso pronunziò come tribunale ordinario, giacchè la

» quistione sottoposta al suo esame riguarda la proprietà di taluni » immobili controversi; e che quindi nella specie convenga esclu- » dere l'applicazione della regola dell'art. 27 della legge del 21 mar- » zo 1817 sul contenzioso amministrativo, ed attenersi a quella del- » l' art. 5.° n. 1 della stessa legge, che attribuisce all'autorità or- » dinaria esclusivamente il decidere sulle quistioni di proprietà, uni- » formemente all'avviso di cotesta consulta, si è degnata dichiarare, » che nella causa enunciata sia competente a procedere l' autorità » giudiziaria, salva la forza della cosa giudicata — Nel Real Nome, » ecc. ecc. (1) ».

## §. LXII.

*Quarta eccezione risguardante le quistioni di validità o legalità delle decisioni amministrative. Giurisprudenza.*

131.—4.° Un' ultima eccezione che deriva dallo stesso principio ora mentovato, è quando la quistione che sorge nel corso della esecuzione, versi sull' esame della *legalità* o *validità* della decisione amministrativa. Questa eccezione è testualmente dichiarata dalla legge nell' art. 27, dove dispone: « Dove sorga dubbio tra le parti sulla interpetrazione e spiegazione o sugli *effetti* delle anzidette decisioni, le autorità giudiziarie ne rimetteranno il giudizio agli stessi giudici del contenzioso amministrativo, autori delle decisioni ». Dicendo *effetti*, la legge ha voluto significare indubitabilmente la efficacia giuridica della decisione, dipendente dalla sua *legalità* o *validità*, nel modo stesso come ha dichiarato e stabilito sempre come principio generale in ordine a tutti gli atti che emanano dall' amministrazione, pei quali la competenza amministrativa si riduce perpetuamente a tre capi, cioè a quistioni d' interpetrazione, di validità, e di legalità.

(1) V. Echaniz, Chiarimenti sul contenzioso amm. p. 142 in nota.

132. Questa eccezione, la quale tra noi è dichiarata formalmente dalla legge, è stata anche proclamata costantemente dalla giurisprudenza francese, e specialmente da molti arresti della Corte di Cassazione, coi quali si è sempre dichiarata la incompetenza dei tribunali ordinarî, quante volte nelle contese che sorgono per gli atti di esecuzione delle sentenze amministrative, si producesse come mezzo di opposizione o la *ingiustizia* della decisione, ovvero la *legalità* della sua forma. In tali casi, sebbene niuna legge espressa non lo dichiari, la giurisprudenza dei tribunali ha riconosciuta la propria incompetenza. Notevolissimi sono fra gli altri, un arresto della Cassazione di Parigi del 21 aprile 1819, ed un altro della Corte imperiale di Brusselles dei 23 febb. 1811 (1).

133. Adunque, allorchè contro un sequestro eseguito in virtù di una decisione amministrativa, il debitore produce un atto di opposizione, poggiandosi non già sulla irregolarità o i vizî di forma dell'atto di *sequestro*, ma invece sulla *ingiustizia* o *irregolarità* della *decisione*, il giudizio in grado di opposizione al sequestro sfugge alla competenza ordinaria, perchè una tale opposizione attacca la efficacia giuridica della decisione, tende a neutralizzarne la esecuzione, attaccandola nella sua legalità o validità.

## §. LXIII.

### Quid *nel caso di compensazione?*

134. Ma che si dirà poi quando la opposizione della parte condannata, e contro cui si procede, sia poggiata sopra una compensazione che si eccepisca? Una tale opposizione apparterrà forse all'ordine delle quistioni di pura *esecuzione*, ovvero rientrerà in quelle risguardanti l'*effetto* della decisione? — A me pare che una simile quistione non possa risolversi in un modo assoluto, e che con-

(1) Journ. du Palais.

venga necessariamente fare una distinzione. Se la compensazione sia stata eccepita nel corso del giudizio deciso dal magistrato amministrativo, e sia stata rigettata, allora riproducendola come opposizione all' atto di sequestro, si viene con ciò ad impugnare la legalità e giustizia della stessa decisione, cercandosi di riprodurre, sotto colore di una quistione di esecuzione, una eccezione già giudicata. Il giudice ordinario sarebbe allora incompetente a valutare il merito di una opposizione, la quale direttamente attaccherebbe la efficacia giuridica della decisione. Ma se poi la compensazione non abbia formato subbietto del giudizio, e si produca la prima volta, specialmente se fosse avvenuta posteriormente alla decisione, in tal caso parmi che debba rientrare sotto la competenza ordinaria, perchè è una pura azione civile che si risveglia ad occasione della esecuzione, e cade su questa esecuzione. Nè potrebbe dirsi che essa tenda a neutralizzare l' *effetto* della decisione ; perciocchè allora questo titolo si ritiene come valido ed efficace, ma solamente si eccepisce che la condanna è stata soddisfatta mediante uno dei modi di pagamento ammessi dalla legge. È chiaro perciò, che la quistione sulla compensazione versa appunto sulla esecuzione, perchè si tratta di esaminare se la condanna sia stata eseguita o pur no, Non venendo adunque in quistione, in questo secondo caso, nè la legalità, nè la validità, nè la giustizia della decisione amministrativa, non si è nel caso della eccezione, ma della regola; e quindi la competenza è ordinaria.

## §. LXIV.

*Rescritto che dichiara in tal caso la competenza amministrativa.*

135. Ciò non pertanto, un rescritto del 28 marzo 1818 ha risoluto diversamente la quistione. Eccone le parole; — « Ho rasse- » gnato a S. M. l' avviso dato dalle Camere riunite di giustizia e » degli affari interni del Supremo Consiglio di Cancelleria, sul con-

» flitto di attribuzione elevatosi tra il tribunale civile in Teramo e » quel Consiglio d'Intendenza, nella contestazione tra il Sig. Sigis- » mondo de Sanctis, ricevitore del distretto di Penne, ed i fratel- » li Saverio ed Ignazio Brina, percettori del contributo fondiario, » nei circondarî di Spoltore e Castellammare. La M. S. sulla con- » siderazione che nel fatto in quistione non si tratta di esecuzione, » ma di compensazione che si oppone, per impedirsi gli effetti del- » la decisione amministrativa, ha dichiarato che la competenza nella » causa, sia del potere amministrativo. — Nel R. Nome ec. ».

136. Come ben si vede, questa decisione attribuisce una significazione assai larga alla espressione *effetti della decisione amministrativa* usata dalla legge, perchè la estende al di là dell' idea di semplice validità o legalità. Ora a me sembra, che dando una tale latitudine a quella voce, ben pochi giudizi di esecuzione si sottrarrebbero alla competenza amministrativa, e così verrebbe a distruggersi quel principio dichiarato dalla legge, cioè che la esecuzione spetta al giudice ordinario e territoriale investito esso solo del *jus imperii*. Così, per esempio, un reclamo di proprietà prodotto dopo il sequestro, che universalmente si riconosce essere di competenza ordinaria, rientrerebbe anche sotto la giurisdizione amministrativa, perchè ha per oggetto di neutralizzare appunto l'*effetto* della decisione, di distruggerne la possibile esecuzione. — Se dunque la voce *effetto* debb' esser circoscritta al semplice concetto della *validità* e *legalità*, ossia all'idea della efficacia giuridica della decisione, son certo che ove questa quistione si riproduca, una più matura discussione produrrà una diversa soluzione.

# TITOLO SECONDO

## PRINCIPJ GENERALI IN ORDINE ALLA PROPRIETÀ PRIVATA ED ALLE COSE DI PERTINENZA PUBBLICA.

---

## CAPO PRIMO

### CARATTERI FONDAMENTALI DELLA PROPRIETA' INDIVIDUALE. — SUA NECESSITA' E RAZIONALITA'.

§. *LXV. — Principio razionale su cui poggia il dritto di appropriazione individuale.*

§. *LXVI. — Il dritto di appropriazione, per esercitarsi, ha d' uopo di un fatto dell' industria dell' uomo.*

§. *LXVII. — Necessità della distinzione tra il dritto astratto e le sue forme di esercizio. Errore dei pubblicisti sul proposito.*

§. *LXVIII. — Il dritto di appropriazione è reputato legittimo dalla coscienza universale, quando l' industria sia limitata entro i termini del giusto.*

§. *LXIX. — Questo dritto naturale di appropriazione è anteriore allo stato ed alla legge civile; anzi n' è il fondamento.*

§. *LXX. — L' idea conseguente del furto è un fatto di coscienza universale.*

§. *LXXI — Errori nei sistemi scientifici degli scrittori dei varî secoli, cagionati dalla mancanza di queste nozioni.*

§. *LXXII. — Il sistema della proprietà individuale è la base della moralità politica e sociale.*

§. *LXXIII. — Il sistema della proprietà privata è l'unico creatore della ricchezza degli stati. Parole di Hennequin.*

§. *LXXIV. — Pruove storiche della razionalità del sistema della proprietà individuale e privata.*

§. *LXXV. — Periodi storici cui è soggiaciuto lo sviluppo del dritto di proprietà.*

§. *LXXVI. — Dritti costitutivi del dritto di proprietà.*

§. *LXXVII. — Sviluppo che presenta l' odierno sistema legislativo per l' esercizio del dritto di appropriazione.*

§. *LXXVIII. — L' esercizio del dritto di proprietà è subordinato all' onnipotenza della legge.*

## §. LXV.

### *Principio razionale su cui poggia il dritto di appropriazione individuale.*

137. Un esame accurato e profondo della umana natura, delle sue facoltà costitutive, e dei bisogni essenziali ed inerenti ad essa, ci rivela che l' *appropriazione* delle cose del mondo esterno è un diritto naturale ed assoluto, che ha il suo fondamento e la sua genesi necessaria nelle esigenze dello sviluppo fisico, morale ed intellettuale dell' uomo. Suppongasi per poco che si trovasse egli scagliato tra mezzo alla multiforme varietá di tutto l' ordine delle cose create, ma che fosse costituito nella impotenza o nella impossibilità di servirsene e di piegarle ai suoi moltiplici bisogni, ed allora si sarà distrutta la personalità umana, se ne sarà distrutta l'esistenza. Tutte le cose che trovansi al di fuori dell' uomo costituiscono i *mezzi* e le *condizioni* indispensabili pel suo sviluppo e per l'adempimento dei fini razionali voluti dalla sua natura. Adunque il loro carattere intimo di *mezzi*, per raggiungere lo scopo della conservazione e sviluppo dell' uomo, rivela il legame di *necessità* ch' è tra lui e le cose esterne, e quindi il rapporto giuridico o di dritto esistente tra loro. È questo il fondamento razionale del dritto potenziale di appropriazione, poggiato su gl' intimi bisogni della natura umana e dei suoi fini, dritto primitivo ed assoluto, non ipotetico e secondario.

## §. LXVI.

### *Il dritto di appropriazione, per esercitarsi, ha duopo di un fatto dell' industria dell' uomo.*

138. Questo dritto però, ragguardato in un modo tutto subbiettivo, non è altro che una nuda potenzialità, la quale per tra-

dursi in atto, e dirò quasi, per materializzarsi o acquistare una esistenza concreta, ha duopo di un fatto dell'attività umana, senza cui rimane come una pura facoltà astratta, non come un dritto reale ed effettivo. Se si riconosce nell' uomo un dritto di muoversi, un tal dritto rimane però sempre potenziale, sino a che in realtà egli col suo proprio fatto non si muova e non si trasferisca d' uno in altro luogo; e questo ch' io dico del dritto di locomozione, è applicabile in generale a qualunque facoltà umana, che possa formolarsi o qualificarsi come un dritto derivante dalla sua natura. — Or tutti gli atti ed i fatti della sua attività, coi quali egli, improntando le cose della sua personalità, a sè le appropria e le unifica, costituiscono le *forme* di esercizio del suo dritto potenziale di appropriazione, che vanno sceverate nè sono confondibili col dritto stesso da cui hanno origine; forme le quali, lungi dall' essere esse stesse la base e le creatrici del dritto, presuppongono invece la preesistenza necessaria di un *dritto* anteriore, che le renda legittime e giuridiche. Sono tali l' occupazione, il lavoro, la specificazione, la caccia e la pesca, ed in generale qualunque atto, fatto o opera dell' uomo, pel cui mezzo rende proprie le cose del mondo esterno.

139. Tutte queste forme, qualunque sia la loro specie e la loro denominazione, si riassumono e si rannodano sotto l' unico concetto generale dell' industria dell' uomo, la quale in dritto naturale è la forma perpetua e necessaria per dare effetto ed esistenza al diritto potenziale di appropriazione. Il pesce tratto dal mare o dalla riviera, l' uccellame colpito alla caccia, gli animali uccisi per apprestar vitto e vestimenta, le armi e gli strumenti fabbricati con le proprie mani, l' abituro edificato col proprio lavoro, i frutti colti dalla terra dopo le assidue e penose cure dell' agricoltura, tutte queste ed altre cose diventano *proprie* dell' individuo ed a lui si unificano, in virtù di un suo proprio fatto, della sua propria attività: tutte rivelano un grado maggiore o minore del suo lavoro e della sua industria, che rende sua *proprietà* le cose che ne han formato obbietto.

## §. LXVII.

*Necessità della distinzione tra il dritto astratto e le sue forme di esercizio. Errore dei pubblicisti sul proposito.*

140. La distinzione tra il dritto astratto di appropriazione e le forme del suo esercizio è della massima importanza nella quistione della proprietà, la quale è considerata come una tra le più gravi e complicate del dritto. È la mancanza di una tale distinzione, che a mio credere è stata la cagione di tutti gli errori delle passate scuole filosofiche, e di tutte le temerità intellettuali del presente; perciocchè, scambiandosi le *forme* col *dritto*, e ritenendo le prime come il titolo generatore e creatore del secondo, n'è proceduta l'assurda conseguenza di consacrare il semplice *fatto* dell' uomo come costitutivo del dritto di proprietà, e quindi di risguardar questo fatto come interamente dominato dall' impero della legge civile, la quale allora potrebbe interamente regolarlo e limitarlo senza violazione di alcun dritto: errore dal quale neppure sono andati esenti molti chiari ingegni e profondi giureconsulti. « L' uomo ( diceva Portalis ) nel nascere non ha che bisogni; è travagliato dalle cure della sua conservazione; non potrebbe esistere nè vivere senza consumare: egli ha dunque un dritto naturale alle cose necessarie al suo mantenimento ed alla sua conservazione. Egli esercita questo diritto mediante l'occupazione, il lavoro, e mediante l'applicazione ragionevole e giusta delle sue facoltà e delle sue forze. Quindi il *bisogno* e l' *industria* sono i due principî *creatori* della proprietà ». Questo valente pubblicista adunque, mentre riconosceva la natura umana ed i suoi bisogni come il titolo giuridico e razionale del diritto, cadde poi nell' errore di non ravvisare che la industria era la forma o il modo di esercizio del dritto preesistente, nè potesse essa stessa costituir titolo o genesi del dritto. Ma qualunque fatto e qualunque industria dell' uomo, lungi dal *creare* il dritto, non

sono che l' effetto di questo, e debbono con esso contemperarsi; ed in tanto l' industria diviene un fatto legittimo e giuridico, in quanto si circoscriva ed eserciti nei limiti essenziali contenuti ed imposti dalla nozione generale del dritto. Se la sola industria potesse considerarsi come creatrice del dritto, mancherebbe ogni criterio per conoscere quando è che essa è legittima, e quando esca dai termini e dai confini del dritto.

141. Nè meno erronea è stata poi la teorica seguìta da altri pubblicisti, fra i quali Montesquieu, Bentham e Toullier, i quali ritengono il dritto di proprietà come una creazione della legge. « La proprietà e la legge ( dice Bentham ) sono nate insieme e moranno insieme. Prima delle leggi non vi è proprietà; togliete le leggi e cessa ogni proprietà. » Questo principio, il quale non trovasi sviluppato, nè dimostrato in verun luogo della sua opera, è da lui ritenuto come un punto di dottrina su cui non possa muoversi dubbio. Questi scrittori partono dall' errore, che non vi esistono diritti indipendenti dalla legge e che abbiano per loro cardinale fondamento la natura umana ed i suoi bisogni essenziali: per il che, in luogo di ravvisar la legge come la espressione e la guarentigia dei dritti primitivi e naturali, la considerano come la loro creatrice. Ma la legge non ha virtù di crear nell' uomo il dritto di appropriazione, come non ne avrebbe per creare il dritto assoluto di esistenza. Forse dal perchè lo stato istituisce i tribunali e proclama le pene contro coloro che attentano all' altrui vita, ne potrebbe derivare l'assurda dottrina, che il dritto di esistenza è creato dalla legge e dallo stato? L' ufficio unico e supremo della legge in ordine a tutt' i dritti naturali primitivi ed assoluti dell' uomo, a tutti quei dritti che derivano immediatamente dalla sua natura, è quello di consacrarli, di garentirli, di tutelarne la incolumità e l' esercizio, non già di attribuirli o crearli. Ed un' altra conseguenza non meno assurda cui si va incontro in forza di questa dottrina, è che se la legge fosse la creatrice del dritto di proprietà, potrebb' essa dominarlo, regolarlo ed organizzarlo a suo arbitrio; ed allora manche-

rebbe ogni criterio giuridico e razionale per diffinire quale può essere la giusta e quale l' ingiusta organizzazione del dritto di proprietà. Importantissima è senza dubbio la missione della legge e dello stato in ordine alla proprietà, perchè la riconoscono, la proteggono e la conservano, perchè scopo supremo e finale è appunto la conservazione del dritto; ed in questo senso ben può dirsi che la proprietà deve tutto alla legge ed allo stato; ma essi nè la costituíscono, nè la creano.

## §. LXVIII.

### *Il dritto di appropriazione è reputato legittimo dalla coscienza universale, quando l' industria sia limitata entro i termini del giusto.*

142. La distinzione però tra il dritto astratto di appropriazione e le sue forme di esercizio, non somministra ancora la nozione esatta del *dritto di proprietà* individuale: vi manca ancora un elemento importante, cioè la determinazione del limite entro cui l'attività umana debbe circoscriversi, per fare attribuire alla proprietà il carattere di legittima e giuridica. Ora il limite dell' attività umana è indicato dal sentimento del *giusto* e del *dritto* in generale, che si rivela nel cuore di tutti come un fatto di coscienza universale, e che fa istintivamente conoscere il punto di separazione tra il dritto e la sua violazione. Se è connaturale a tutti il sentimento di una potestà di azione che sorge dagl' intimi bisogni della propria natura, è anche connaturale l'idea di un limite alla propria attività negli scontri reciproci. È questa la idea astratta, indefinita ed iniziale del *dritto*, che si rivela identicamente presso tutt' i popoli. Al certo la filosofia e la scienza possono ontologicamente riconoscere la nozione astratta del dritto, possono descriverla e formolarla, possono analizzarla nei suoi elementi, ma non la introdurranno mai come nuova nello spirito umano, perchè essendo un fatto di coscienza universale, è istintiva, invariabile, assoluta ed eterna, e si manifesta nell' uomo non sì tosto ha il sentimento della propria esistenza, nè può

essere suscettiva di una progressiva manifestazione. Or questa nozione universale ed astratta del dritto, impressa nella coscienza umana, è quella che circoscrive l'elaterio eccedente del dritto di appropriazione, limitandone l'attività a quelle sole cose che non abbiano già formato materia dell' appropriazione altrui; vale a dire, che il sentimento universale riconosce come possibile l'esercizio del dritto di appropriazione sulle sole cose non possedute in proprio da alcuno, ovvero, ne riconosce la possibilità, mediante un ricambio equivalente per quelle altre che formano già l'altrui proprietà. Quando adunque l' appropriazione è esercitata con le forme *legittime* e dentro i confini naturali imposti dal dritto, è allora che prende il carattere e la natura di *proprietà giuridica*, la quale raffigurata e considerata come una *facoltà* di godimento *proprio* ed *esclusivo*, vien formolata con la espressione di *dritto di proprietà*. Adunque, ritenuta la natura umana come il punto di partenza ed il fondamento di qualunque indagine sul dritto, diremo che il dritto di proprietà è l' appropriazione delle cose nelle forme e nei modi legittimi, coerenti ai principî del dritto naturale, rivelato dalla coscienza.

## §. LXIX.

*Questo dritto naturale di appropriazione è anteriore allo stato ed alla legge civile; anzi n' è il fondamento.*

143. E questo dritto non solamente è un dritto naturale, non creato dalla legge civile, ed unicamente da essa protetto e garentito, ma aggiungerò che la sua esistenza e la sua effettuazione tra gli uomini è la base su cui si ergono e costituiscono gli stati: è allo stabilimento anteriore e primitivo della proprietà fondiale, che l'umanità va debitrice del suo incivilimento e della nascita degli stati sociali. In effetti, è per essa che riuniti sopra una medesima terra, e ad essa legati dalle assidue cure delle industrie e dell'a-

gricoltura, gli uomini si son ravvicinati e posti in una permanente ed abituale comunicazione; ed han contratto tutte quella relazioni di affetto e di unione, da cui più tardi dovea generarsi l' associazione politica. È per soddisfare alle comuni esigenze dei loro bisogni vicendevoli, ed a quei lavori ed opere moltiplici che non avrebbero potuto eseguirsi individualmente ed isolatamente, che essi han sentita la necessità della cooperazione ed assistenza reciproca, È per essa, che mitigandosi a grado a grado la primitiva ferocia dei costumi e dei sentimenti, compresero l' utilità di un ordinamento tutelare del dritto. È per essa, che riunendo la loro esistenza e la loro forza, furono indotti a costruir quei primi centri di abitazioni, che furono o dovettero essere i punti iniziali di un associazione più vasta, d' onde il potere pubblico, le leggi e lo stato. È questo il procedimento ideale pel quale han dovuto correre le società; del che ci somministra pruova la storia, la quale cogliendo le nazioni fin dai primi istanti del loro incivilimento, ci mostra l' organizzazione degli stati succedere allo stabilimento della proprietà fondiale, e costituirsi quando già questa è stata formolata e riconosciuta come un dritto dal sentimento universale; dritto che si ricovera all'ombra delle leggi e dello stato, e che cerca appunto in questo la sua protezione e la sua garentia.

## §. LXX.

*L' idea conseguente del furto è un fatto di coscienza universale.*

144. Lo stesso sentimento universale derivante come un fatto di coscienza, che fa ritenere, fino nelle associazioni incipienti, la proprietà come un dritto naturale di godimento e di esclusione delle cose, è quello che fa sorgere contemporaneo il concetto del furto, come il correlativo del dritto, e che ne indica la violazione. E non sì tosto è costituito lo stato e si manifesta la legislazione, ne troviamo espresso e formolato il concetto fin nelle leggi primiti-

ve, le quali sono la espressione del sentimento universale: *Non occides*, *non furtum facies*, diceva il più antico ed il più grande dei legislatori, Mosè (1). E lo stesso ripetevano le leggi delle dodici Tavole, le quali consideravano come giustamente morto il ladro notturno ucciso sul fatto: *Si nocte furtum fiat*, *si eum furem aliquis occiderit*, *jure coesus esto* (2); e le cose involate trovavansi colpite da un tal vizio, che non potevano in nessun caso godere del benefizio della prescrizione. Il concetto del furto adunque, rivelato dal sentimento concorde ed universale della coscienza, e formolato dalle prime manifestazioni legislative degli stati, è un altro fatto comprovante la universalità del sentimento di giustizia naturale, che ingenera il dritto di proprietà.

145. Lungi adunque dal dire con Bentham, che la proprietà e la legge sono nate insieme e morranno insieme, dee dirsi per l'opposto, ch' essa è figlia dei bisogni della natura umana, e che nasce con l' uomo come un dritto primitivo ed assoluto; che la proprietà è il fondamento della famiglia, e preesiste allo stato; che questo presuppone la proprietà già divisa; che la proprietà e lo stato sono due fatti intimi e correlativi, per modo che distrutta la prima cade la base dell'altro. La proprietà generata dal dritto naturale dell' uomo, effettuata dal lavoro e dalla attività, non gode del presente e dell' avvenire che sotto l' egida della legge: se il suo titolo di esistenza sta nella natura umana e nei suoi bisogni, la sua forza giuridica poi sta nel dritto civile, che la riconosce, la consacra e la garentisce.

(1) Esodo, cap. 20, vers. 15.

(2) Tab. 2, cap. 4.

## §. LXXI.

*Errori nei sistemi scientifici degli scrittori dei varî secoli, cagionati dalla mancanza di queste nozioni.*

146. La mancanza di queste indagini scientifiche, e della distinzione capitale tra il titolo di esistenza del dritto di appropriazione nelle facoltà essenziali della natura umana, e la sanzione che ad essa attribuisce la legge civile, è stata, come ho detto, la cagione precipua degli errori di sistemi, i quali han tentato di spiegare un' influenza nelle istituzioni degli stati. Ma compie il concetto della inviolabilità di questo dritto, così profondamente razionale, il vedere com' esso, invece d' infiacchirsi o venir meno nel lungo periodo dei secoli, siesi per l' opposto afforzato e corroborato, in virtù di quei medesimi sforzi messi in opera per modificarlo o abolirlo.

147. Primo nell' ordine dei tempi si presenta Platone. Nella sua repubblica immaginaria ha egli aperto il cammino a tutte le finzioni sociali che si son poscia succedute. Tutto quanto la ragione ed il sentimento possono combinare di piú armonioso e di più sublime, si rattrova in questo sogno ideale ed immaginoso dell' antica perfettibilità. Ma il filosofo del Portico, nel proporre la istituzione di tre caste perpetuamente divise, nel pretendere l' abolizione della famiglia e della proprietà, e sforzandosi di conciliare questa comunione con la permanente separazione delle caste, è caduto in una manifesta contradizione; e nel soffocare ogni individualismo, ogni libera moralità dell' uomo, nel ridurlo alla condizione passiva del marmo o della creta tra le mani dello statuario, si è collocato in un campo ch' è al di fuori dell' umanità. « Se la repubblica platonica ( diceva l' Hennequin ) potesse occupare nella memoria degli uomini altro posto che quello di un sublime romanzo, bisognerebbe leggerne la censura nelle pagine concettose ed incisive di Aristotele: lotta degna di osservazione, nella quale veggonsi a fronte la società com'

possibile d'immaginarla, e la società come deesi vederla per condurla e migliorarla (1) ».

148. Attingendo all' idealismo platonico, ma assai meno avventurosi nel loro concepimento, Tommaso Moro nella sua isola *Utopia* ( d'onde han preso la denominazione tutti i strani sistemi scientifici ) ed il calabrese Campanella nella sua *Civitas solis*, hanno anch' essi immaginata una società ideale e fantastica, proponendo l'abolizione di quelle due istituzioni umane, inerenti alla natura dell' uomo, legittimate dalla ragione, dal sentimento e dal dritto: la famiglia e la proprietà. Nè più felici di questi nel risolvere un tal difficile problema, sono state le sette intermedie degli Asseniani, dei Moravi ed altri; nè più di queste i propugnatori del sistema comunista, Fourier, Owen, S. Simon; nè da ultimo i più recenti loro seguaci, i quali sotto la forma larvata del socialismo, non osando negare assolutamente e di fronte il dritto della proprietà individuale, si sono ingegnati di raggiungere il medesimo scopo coi loro sistemi di associazione, di reciprocanza, e di dritto al lavoro.

149. Tutte queste assurde teoriche mettono capo ad un solo errore, quello cioè di considerare la proprietà come una creazione della legge civile, e non come una istituzione di dritto naturale. Certamente è innegabile, che l'onnipotenza della legge si possa e debba estendere sulla proprietà, ad oggetto di regolarne le forme ed i modi esercizio e di godimento; può essa imporre quei pesi e quelle condizioni richieste dall' interesse e dalla utilità generale e complessiva dello stato, innanzi a cui debbe piegare ogni interesse individuale. Ma non potrebbe attaccarla o lederla nella sua base, vale a dire nel dritto di godimento ed appropriazione libera, individuale ed esclusiva, senza distruggere e violare un dritto naturale ed assoluto. Ond' è che qualunque altra organizzazione sociale della proprietà, diversa da questa appropriazione, coi suoi dritti e pri-

(1) T. 1, p. 183.

vilegi costitutivi, farebbe crollare la istituzione fondamentale, primitiva ed indispensabile su cui si erge tutto il complicato edificio dello stato.

## §. LXXII.

*Il sistema della proprietà individuale, è la base della moralità politica e sociale.*

150. Ed in effetti, se abbandonando il campo tutto razionale, da me percorso per dimostrare il fondamento del dritto di proprietà, ci facciamo per poco ad entrare nell' ordine positivo, occupandoci a rilevare tutta l' importanza, la utilità e la necessità di questa istituzione, relativamente all'ordine civile e politico, ciascuno dovrà esser convinto, che la proprietà individuale e la sua garentia giuridica costituiscono la base della moralità politica e sociale.

151. Ed in vero, io sono ben lungi dall' asserire che non possano esservi virtù sociali se non là dove vi sono ricchezze, e che gli uomini non abbiano nè ingegno nè scienza se non in proporzione del loro patrimonio. Ma se ciò sarebbe una grave ed assurda calunnia, è però costante l'influenza che la proprietà spiega sulle qualità morali dell' uomo. Essa, risparmiando quella lotta quotidiana contro la miseria ed il bisogno, eleva l' individuo nella sua propria stima, e costringe la sua anima ad aprirsi a tutt' i sentimenti generosi. La virtù, come diceva un illustre scrittore, è un ente invisibile ed impalpabile; fa duopo di lunga esperienza e di atti reiterati per conoscere se essa sia la vera guida delle azioni. Ecco perchè nel sistema della pubblica amministrazione, quando manchi un segno certo ed esterno di probità negli uomini, alle cui cure debbono essere affidati gl' interessi degli amministrati, è necessario appigliarsi ad un segno di moralità presunta, e questo segno visibile è appunto la proprietà. È pel mezzo della proprietà che l' uomo il quale ebbe felici doti dalla natura, può coltivare il suo ingegno con

maggior successo, darsi piú laboriosamente allo studio delle scienze e divenire atto a rendere eminenti servigi allo stato. Il dritto di proprietà, ispirando al suo possessore un sentimento di sicurezza sul suo avvenire, lo rende più tranquillo e meno turbolento, lo incoraggia al lavoro per acquistare novelle proprietà, perchè ha la certezza di goderne e disporne a suo grado. Essa porta l' uomo alla conservazione del suo patrimonio pel desiderio di trasmetterlo ai proprî figliuoli ed ai familiari; è per quelli che la ricevono un subbietto di riconoscenza e di attaccamento verso i loro benefattori; è il legame più potente che riunendo e stringendo tra loro i membri della famiglia, ne vivifica ed afforza i sentimenti e l' affetto; e mentre soddisfa a tutto l' amore paterno e filiale, è la cagione promotrice della pubblica prosperità. Or gli uomini laboriosi, possidenti, e nodriti nella purezza dei sentimenti di famiglia, sono sempre i cittadini più utili allo stato, più attaccati all' ordine ed alle istituzioni pubbliche. Ed in fatti, quali sono gli uomini che più di tutti temono una scossa politica nello stato? Non sono già i poveri, i nulla-possidenti, i proletarî infine, i quali, nulla avendo a perdere, non altro ravvisano nella possibilità di un mutamento, che eventualità favorevoli alla loro cupidigia: i soli proprietarî, nel senso largo della parola, son quelli che debbono considerarsi come i più attaccati al governo dello stato, all' ordine e tranquillità pubblica, alle istituzioni ricevute.

## §. LXXIII.

### *Il sistema della proprietà privata è l' unico creatore della ricchezza degli Stati. Parole di Hennequin.*

152. Che se, indipendentemente dall'essere la proprietà il fondamento della moralità politica e sociale, si voglia ravvisarla sotto l' aspetto economico, dovrà confessarsi, che essa è il precipuo fondamento dello sviluppo delle industrie nazionali, da cui procede la ric-

chezza pubblica e dello Stato. Ed in effetti, è col sussidio della proprietà, che il commerciante e l'artista laborioso possono formare quegli stabilimenti di manifatture e quelle creazioni industriali, sorgenti dall' agiatezza pubblica. È la proprietà che offrendo i suoi mezzi all' industria, ne diviene l' alimento, e tutto vivifica con la sua forza produttrice. Il proprietario laborioso, somministrando i suoi capitali alle arti, al traffico, all' agricoltura, comunica in tal guisa il più forte impulso alla produzione, la moltiplica, e ne agevola quindi la consumazione ed il ravvicinamento alle classi povere. È la proprietà fondiale che con l' associazione dei suoi capitali, dà vita a quei grandi centri motori industriali, che moltiplicando i bisogni del lavoro, spandono tra le classi povere i mezzi di onesta sussistenza, mentre aumentano il consumo coll' abbassare il valore dei prodotti. È dessa che costituisce la base più sicura del credito, e che formando la garentìa della fede nel traffico, riavvicina i prodotti di tutte le nazioni ed ingenera quelle masse di valori manifatturati, che spandono l' agiatezza su tutte le classi. Il sistema della proprietà fondiale dunque è il vero creatore del benessere materiale degli stati e degl' individui: senza di essa le industrie, nè sarebbero sorte, nè avrebbero una vita durevole, nè quindi avrebbero potuto diffondere i loro beneficî sulle nazioni.

153. Ma se per ravvisare a colpo d' occhio tutta l' utilità derivante dal sistema della proprietà fondiale, facesse d'uopo aggiungere altre e piú stringenti osservazioni, basterebbe dare uno sguardo alla dipintura che ne fa l' Hennequin (1), il quale riassume e tratteggia in poche parole lo specchio de' beneficî arrecati dalla proprietà in ordine a tutto il progresso dell'umanità. « Non è già presso i popoli nomadi (egli dice), che bisogna contemplare nella sua origine e nel suo progresso il dritto di proprietà. Trascinati in lontane scorrerie a caccia della loro preda, o a guida dei loro armenti, questi popoli non si formano che delle idee imperfette delle

(1) T. 1, p. 174.

relazioni che la proprietà può stabilire tra gli uomini; è nel seno delle popolazioni sedentarie e laboriose, che il dritto esclusivo si manifesta sotto forme sensibili e progressive; è quindi là che bisogna studiarlo. Se in effetti si considerino gli sforzi lunghi e penosi dell' agricoltore, si ravvisa la proprietà rivelarsi in tutta la sua giustizia, e per ciò stesso in tutta la sua potenza. Chi potrebbe mai dire con convinzione, che sia giusto di raccogliere là dove non si è seminato? Quale scettico oserebbe sostenere, che coloro i quali non han per nulla contribuito alla produzione, abbiano altrettanto dritto al prodotto degli stessi creatori? No, un sentimento istintivo, che i primi abitatori del globo non han potuto sconoscere, assicurava alle famiglie agricole i frutti della loro lenta e paziente industria, come al cacciatore la caccia caduta sotto i suoi colpi. Questo grido della coscienza umana è confermato e ratificato dalla riflessione. — Una famiglia non potrebbe avere un miglior titolo alla proprietà del terreno che occupa, che d'aver posto questo terreno in coltivazione, di averne studiato le esigenze, ed averne centuplicato il valore. È allo stesso titolo che le nazioni sono proprietarie dei loro territori. La proprietà del suolo è dunque nata dalla proprietà dei frutti; la proprietà fondiale è dunque poggiata sulla doppia base del lavoro, della costanza, e dal suo seno si è slanciata la proprietà industriale. — Non sì tosto l'agricoltura ha fatto sentire la sua felice influenza, che le arti sono inventate. Il vulcano o l' incendio han rivelato il segreto della fusione dei metalli; la metallurgia comincia, il ferro ha dato i mezzi di lavorare il legno. Il lavoratore possiede istrumenti più potenti e più comodi, tutte le industrie si destano, tutte corrono ad ordinarsi intorno all'agricoltore per secondarlo, per accomunarsi ai suoi lavori ed ai suoi prodotti. — È allora che si fa sentire il bisogno di porre il dritto di ciascuno sotto la protezione di tutti; ed è a buon dritto che gli antichi davano a Cerere il nome di legislatrice, perchè è alla sua voce che l' autorità pubblica si è levata in mezzo agli uomini. I tribunali sono aperti, la parola *rivendicazione* è pronunziata, e l' espropriazione dell' ignoranza e

dell' ozio, a profitto dal lavoro e della industria, è consumata irremediabilmente. Attingendo nelle stesse garentie, di cui le leggi l' han circondata, un nuovo veicolo, la proprietà sviluppa con energia tutte le facoltà di cui il Creatore ha dotato la sua più bella opera: da per ogni dove si moltiplicano i prodigi. — La vita fisica dell' uomo si migliora; i campi si circondano di chiusure, le città s' innalzano; il commercio impara a porre i prodotti del suolo e dell' industria a portata dei bisogni che li reclamano. Le belle arti che sono anche un bisogno del cuore, addolciscono i costumi; l'uomo impara a conoscere quelle gioie dello spirito, quelle gioie del pensiero, che non possono essere sorpassate se non da quelle della coscienza; la terra abbellita, si orna dei più ridenti rivestimenti, e sembra che il genio dell' uomo compia l' opera della creazione. Tutto si muove, tutto si agita, ed in mezzo a quegli artigiani, a quei trafficanti, i quali, in posizioni cosi diverse, concorrono alla prosperità sociale, sembra veder la proprietà, divinità benefattrice, che con corone alla mano, incoraggia tutte le industrie, le ricompensa nel momento stesso del lavoro, e mostra a tutti nell'avvenire, qualche giorno prima della tomba, un riposo pieno d'indipendenza, di contento e di dignità. — Questo specchio dei benefici della civiltà confuta una obbiezione tanto più grave, in quanto sembra attaccare la proprietà nella sua stessa equità. È, dicesi, alle prime generazioni soltanto che si è offerta l' occasione di acquistare per appropriazione; e se vi è in ciò il principio di un dritto, le generazioni venute più tardi si son trovate prive di proprietà, senza per questo poterle accusare d' inerzia. È cosi che la terra, la quale in origine fu il patrimonio di tutti, è divenuta di dominio esclusivo di pochi. Ma consideriamo in un modo più intimo i risultati del lavoro, ed avremo risposto. Una terra produttiva, coverta da una vegetazione potente; un popolo agricola, rendente ogni giorno il suolo più docile alle sue leggi; la sussistenza di 99 centesimi del genere umano assicurato; delle abitazioni, dei vestimenti; quelle macchine maravigliose e potenti che sa crear l' industria, e che la se-

condano così bene; infine quella massa preziosa di valori manifatturati, fortuna mobile delle nazioni: ecco ciò che il lavoro ha prodotto sotto l'influenza del dritto di proprietà. Se dunque le prime generazioni si sono impadronite del suolo, non han forse dato riccamente un compenso nell'avvenire, preparando, assicurando alla specie umana una prosperità che il patrimonio originario non presentava, e che un lavoro perseverante poteva solo ottenerne? Ricchezze mobili e galleggianti, che ogni generazione vede accrescersi, e che sono indefinitamente accessibili a tutti! Quale uomo dotato di una volontà forte non sa giungere, se non ad uno stato cospicuo, almeno a quella dorata mediocrità, che il poeta ha giustamente celebrata. Per le cure della industria, le produzioni naturali han potuto mettersi in rapporto con le condizioni di esistenza imposte alla specie umana, la quale non vuole solamente esser nodrita, ma salvata ancora da tutte le altre cagioni di distruzione che la minacciano. È dall'accumulazione dei capitali fatta dai più abili, che son nati quei bisogni relativi, patrimonio immortale della povertà laboriosa. È anche dal seno della ricchezza sociale, che si elevano quei vasti asili, ove vanno a riposarsi e calmarsi tutti i dolori. L'uomo sotto la legge della proprietà, accusata sì spesso come una colpevole usurpazione, si trova collocato in una condizione assai preferibile al tristo usufrutto che promettevagli la comunione negativa; e l'ultima delle sue eventualità, la sua sventura, se l'azzardo della nascita non lo ponga in una condizione felice, è quella di rimanere tra la possibilità di vivere, la speranza di arricchirsi e la certezza di trovare dei soccorsi, quando delle cause indipendenti dalla sua volontà avranno vincolate le sue braccia. Animata da una tenerezza tutta materna per l'infanzia abbandonata, per la ricchezza necessitosa, indulgente sulla soglia dei suoi ospedali, la società protegge anche l'uomo senza moralità, nei suoi eccessi meno scusabili; e può dirsi con certezza, che nel seno delle foreste dell'America del Nord, l'indigente delle nostre città sarebbe vissuto più dolorosamente, e sarebbe morto più presto ».

154. Ecco adunque con quali vivi colori e con quanta energia questo scrittore, nel fare l'apologia del dritto di proprietà, pone in prominenza tutte le utilità e tutt'i progressi sociali di cui è la sorgente unica.

155. Conchiudiamo adunque, che in generale la probità, la moralità, l'industria, il progresso delle arti e delle scienze, il perfezionamento del sentimento, lo spirito d'ordine, l'amore della pubblica tranquillità, l'amore del lavoro, la ricchezza sociale e la sua generale distribuzione, sono l'effetto immediato e necessario del sistema della proprietà individuale; che ad esso si lega tutto il pensare, i sentimenti, ed i costumi degli uomini; che quindi un potere qualunque non potrebbe abolirlo o modificarlo nella sua base fondamentale, senza distruggere tutto il progresso e la civiltà a cui pel suo mezzo son pervenute le nazioni.

## §. LXXIV.

### *Pruove storiche della razionalità del sistema della proprietà individuale e privata.*

156. Ma se, tralasciando le indagini di che sommariamente mi sono occupato, si voglia passare alle considerazioni che risultano dal giudizio universale fatto dalle diverse nazioni, sulla necessità di riconoscere e proteggere con efficacia il dritto di proprietà in tutti coloro che ne sono investiti, vi attingeremo un argomento di una forza irresistibile, che ne comprova la perfetta razionalità.

157. So bene quel che mi si potrebbe obbiettare sul proposito; comprendo che mi si potrebbe rimproverare di cadere nel vizio della scuola storica, rappresentata da Hugo e da Savigny, la quale non ammettendo altro che semplici deduzioni storiche per giustificare la esistenza e la giustizia di una istituzione, si pone al di fuori della natura umana, perchè la figura come soggetta ad una predestinazione fatale, e sconosce la ragione e lo esame di que-

sta stessa natura umana come sorgente del dritto. Ma a questo io rispondo, che quando una deduzione storica si trova giustificata e corroborata dal principio di ragione, e dall' esame tutto razionale della bontà di una data istituzione, somministra allora un punto di verità e di evidenza, che nessun sofisma dell' intelligenza può aver virtù di distruggere. E quando dunque il sistema della proprietà individuale, così profondamente razionale, perchè fondato sopra il dritto naturale derivante immediatamente dalla natura umana, si vede corroborato dai fatti di tutte le nazioni, le quali in tutt' i tempi, in tutt' i periodi della loro civiltà, in tutti i punti più lontani del globo, hanno tutte simultaneamente istituita, riconosciuta e garentita la proprietà individuale, non sarà forse questa la pruova più invincibile, che un tal sistema, identicamente attuato presso tutte, soddisfa ai più profondi bisogni dell' umanità, e corrisponde ai suoi veri fini razionali? Sarebbe mai possibile il concepire, che un simigliante sistema avrebbe potuto passare a traverso tutti i secolari periodi dei tempi storici delle nazioni, e giungere intatto e sempre più rispettato fino a noi, non ostante le opposizioni scientifiche con che qualche ardito ingegno di secolo in secolo ha tentato combatterlo, se esso si fosse trovato in contradizione dei bisogni, dei sentimenti e della ragione dell' umanità?

158. Senza dubbio, la storia ci mostra il sorgere ed il declinare d' istituzioni civili, le quali generate dai bisogni del tempo, dalle esigenze di un dato periodo di sviluppo, son poi venute man mano ad infiacchirsi, a perdersi e sparire, soggiacendo da per ogni dove alle stesse vicissitudini; essa ci mostra un succedersi, un progredire, un avvicendarsi perpetuo di nuovi tentativi, per soddisfare a novelle esigenze della vita civile. Ma non ce ne presenta alcuna la quale, a simiglianza del sistema della proprietà, in luogo di perder la sua forza giuridica e di esser tratta nella medesima distruzione da cui furon colpiti altri istituti sociali, siesi in vece venuta man mano corroborando sulle stesse rovine di questi, e siesi perfezionata e purificata da ogni elemento che ne impediva il compiuto sviluppo.

## §. LXXV.

### *Periodi storici cui è soggiaciuto lo sviluppo del dritto di proprietà.*

159. In effetti, il dritto di proprietà non ha ricevuto il suo compiuto esplicamento, se non attraversando taluni determinati stadi, che ne hanno via via svolto e perfezionato il concetto. Prima che si fossero costituiti gli stati civili, un tal concetto stava non già nell'appropriazione assoluta ed individuale delle cose, ma piuttosto nell'uso simultaneo ed in una specie di comunione negativa delle cose stesse; d'onde traggono origine i *demanî*, i quali ancor oggi rappresentano e rendono idea di quello stato primitivo e collettizio. Ma quando col comporsi a gradi a gradi la civil comunanza, dovea cominciare a formolarsi il concetto della *proprietà*, si manifestò essa come un dritto di assoluta appropriazione, con esclusione di chiunque dall' uso della cosa. Se non che, nel periodo in cui le società si costituirono sopra un sistema di privilegi che tutto conferiva a talune caste ed ordini di persone, la proprietà soggiacque anch' essa al predominio di questi principî, ed acquistò un'indole tutta privilegiata ed aristocratica. Di quà tutt' i dritti di primogenitura, i fedecommessi, le sostituzioni e tutto quell' ordine di leggi e di istituzioni, le quali erano intese a concentrare e mantener compatta e raccolta la proprietà nelle caste prevalenti, dando ad essa il carattere di permanente immobilità con vincoli di ogni forma e maniera. Ma le lotte secolari sostenute dal potere Regio per abbattere questo sistema di prevalenze e privilegi, il quale sminuzzava in tanti poteri locali la sovranità, risedente essenzialmente nel Principato, lotte che ebbero termine con la vittoria di questo, ci condussero in un ultimo stadio, nel quale il concetto della proprietà si rivelò nel suo senso intimo, cioè come un diritto di godere e dispor delle cose senza vincolo o impedimento di sorta: di tal che, perdendo essa allo-

ra il carattere aristocratico, venne acquistando il massimo grado di individualismo.

160. Son questi gli stadi storici che la proprietà ha percorsi in ogni politica associazione: dapprima comune e collettizia; poscia aristocratica e privilegiata; in ultimo libera, individuale e privata. Nel primo consisteva nell'uso piú che nell'appropriazione; nel secondo in un' appropriazione privilegiata e vincolata; nel terzo in un diritto di disporre liberamente della cosa senza vincolo, senza legame nessuno (1).

## §. LXXVI.

### *Dritti costitutivi del dritto di proprietà.*

161. Adunque, al presente sistema legislativo andiam debitori dello svolgimento compiuto del dritto di proprietà privata, il quale si è manifestato in tutta l' ampiezza della sua significazione razionale. E poichè un tal diritto non consiste in un' idea semplice, ma risulta dal complesso di una serie di dritti secondarl che ne costituiscono il concetto, così è che la legge consacra, dichiara e garentisce ciascuno di questi dritti speciali.

162. Questi dritti sono:

1.° Il dritto di godimento. In esso van compresi sì il dritto del possesso della cosa, con tutti i privilegi di cui questo debbe godere, quanto quello di usufruire della cosa nella sua integrità; il che propriamente costituisce il *jus utendi et abutendi.*

2.° Il dritto di estendimento, vale a dire la facoltà di potere illimitatamente esercitare il dritto di appropriazione nei modi legittimi e giuridici, perocchè un tal diritto nè ragionevolmente, nè socialmente potrebb' esser sottoposto a limitazione, senza distruggere uno dei suoi elementi vitali e sostanziali.

(1) V. il mio opuscolo sul Retratto o Dritto di Congruo, messo a stampa nel 1850.

3.° Il dritto di trasmissione, il quale viene garentito dalla legge col garentire gli atti di volontà coi quali si trasferisce la proprietà sì a titolo gratuito, che a titolo oneroso.

4.° Il dritto di esclusione, che compie il concetto della proprietà, individuale ed esclusiva.

## §. LXXVII.

*Sviluppo che presenta l' odierno sistema legislativo per l' esercizio del dritto di appropriazione.*

163. Nè poi, per dare un' idea compiuta del presente sistema legislativo, riuscirà inutile accennare i varî mezzi usati dalla legge per dar compimento e sviluppo al dritto di appropriazione. Sono tali,

1.° La garentia e la tutela data alla produzione dell' ingegno, ossia alla proprietà letteraria, la quale essendo frutto dell' industria o del lavoro intellettuale, ha gli stessi titoli ad una protezione giuridica, come qualunque altra proprietà materiale.

2.° L' abolizione di tutti i vincoli reali e personali che impedivano il libero movimento, e trasmissione della proprietà, quali sono le sostituzioni, i fedecommessi, il dritto di retratto, ecc.

3.° L' abolizione di tutte le corporazioni di arti e mestieri, le quali facendo monipolio delle industrie e del lavoro, ne impedivano l' esercizio alle numerose classi del popolo.

4.° La divisione dei demanî comunali tra i cittadini poveri di ciascun comune, operata come mezzo di transizione nella legge del 16 dicembre 1816, e stabilita poi in essa come una regola perpetua, ogni qual volta si formi un demanio nel comune.

164. Con questi ed altri mezzi simiglianti la legge, nel garentire e riconoscere la proprietà come un dritto di godimento pieno, libero, individuale ed esclusivo, ha nel tempo medesimo favorito e tutelato l' esercizio del dritto di appropriazione, dando libe-

ro campo al lavoro ed alle industrie, e moltiplicando per quanto era in sua potestà il numero dei proprietarî.

## §. LXXVIII.

*L' esercizio del dritto di proprietà è subordinato all' onnipotenza della legge.*

165. Ma se il dritto di appropriazione, o meglio quello di proprietà, è fuori il campo di azione della potestà politica, la quale ha l' unico uffizio di garentirlo quando sia esercitato nei modi giuridici, leggittimati dai principî del dritto naturale e civile, esso però rimane sottoposto all'onnipotenza della legge, per le modificazioni o limitazioni di esercizio cui debbe soggiacere nell' interesse pubblico e collettivo dello Stato.

166. Ond' è che a questo principio mettono capo tutte le leggi ed i regolamenti risguardanti gli obblighi imposti ai proprietarî per la sicurezza pubblica, i pesi cui vanno soggetti verso lo stato, la espropriazione per causa di pubblica utilità, i divieti di dissodamenti, e quelle altre limitazioni prescritte dai regolamenti locali o generali.

## CAPO SECONDO

### CARATTERI SPECIFICI DELLE COSE PUBBLICHE, E LIMITI NECESSARJ DEL DRITTO DI APPROPRIAZIONE.

§. *LXXIX.* — *Natura speciale di quelle cose che si sottraggono al dritto di appropriazione.*

§. *LXXX.* — *Inesattezza della denominazione di* proprietà *data alle cose pubbliche.*

§. *LXXXI.* — *Condizioni perchè una cosa sia qualificata come pubblica.*

§. *LXXXII.* — *Sviluppo della prima condizione concernente l' uso pubblico.*

§. *LXXXIII.* — *Sviluppo della seconda condizione risguardante l'* attualità *dell' uso pubblico.*

§. *LXXXIV.* — *Carattere generale delle cose appartenenti al Demanio pubblico.*

§. *LXXXV.* — *Duplice specie del Demanio pubblico, nazionale e comunale.*

§. *LXXXVI.* — *Distinzione tra il Demanio pubblico, e i beni patrimoniali dello stato o del comune.*

§. *LXXXVII.* — *Specificazione dei beni del Demanio e dello Stato.*

§. *LXXXVIII.* — *Imprescrittibilità dei beni del Demanio pubblico. Prescrittibilità dei beni patrimoniali.*

§. *LXXXIX.* — *L' uso o il servigio pubblico genera la imprescrittibilità.*

§. *XC.* — *La cessazione dell' uso pubblico fa rientrare il fondo sotto la regola comune della prescrizione.* — *Abolizione espressa.*

§. *XCI.* — Quid *dell' abolizione* tacita *del servigio pubblico?*— *Anche in tal caso il fondo, cangiando di natura, rientra sotto la regola comune.*

## §. LXXIX.

*Natura speciale di quelle cose che si sottraggono al dritto di appropriazione individuale.*

167. Lo sviluppo che ho fatto nel precedente capo era indispensabile, per determinare la sfera di azione ove può estendersi questa potestà naturale dell' uomo sull' appropriazione delle cose, e la corrispondente azione dello stato per subordinarlo a quelle condizioni e limitazioni, dal cui adempimento il dritto di appropriazione prende il carattere di dritto di *proprietà civile*.

168. Ora un limite necessario a questa facoltà naturale dell'uomo, è imposto dalla natura specifica di taluni determinati oggetti, i quali, sia per la loro intima essenza, sia per una dichiarazione espressa della legge, si sottraggono al dominio individuale, perchè assegnati a soddisfare un uso pubblico o una utilità pubblica o comune.

169. Io non intendo parlare di quelle cose, le quali sono essenzialmente comuni, come l' aria e la luce: tali cose non formano materia del dritto per sè medesime, nè possono entrare nelle relazioni giuridiche individuali, se non per via indiretta ed accessoria, e quindi non possono per sè sole costituir materia di appropriazione. Intendo invece parlare di tutte quelle cose le quali, sebbene potessero formar materia del dritto individuale, ne sono però escluse in vista dell' utile generale, ed entrano perciò nell' ordine delle *cose pubbliche*, Le prime, cioè le cose comuni, sono quelle che per la loro immensità, essendo state destinate dalla provvidenza al servigio ed all' uso di tutto il genere umano, senza distinzione e senza dritto di privilegio, non potrebbero essere racchiuse nei limiti stretti del dominio individuale privato, nè quindi potrebbero essere rivendicate dagli uni in esclusione degli altri. Le altre, cioè le *pubbliche*, son quelle che l'autorità dello stato colloca al di fuori

di ogni possesso privato, di ogni individuale appropriazione, e sono dichiarate fuori commercio: tali sono le strade e le vie pubbliche, i porti di mare, i terreni militari, i bastioni delle piazze da guerra, le fortezze, gli edifizî pubblici, ecc.

## §. LXXX.

### *Inesattezza della denominazione di* proprietà *data alle cose pubbliche.*

170. Impropriamente dagli scrittori vien data la denominazione di *proprietà pubbliche* alle cose che la legge dichiara pubbliche. Nel rigore logico della sua significazione, la parola *proprietà* dinota tutto quello che ci è proprio in esclusione di qualunque altro; dal che è necessario conchiudere, che la proprietà di una medesima cosa non può solidalmente appartenere a più persone, siccome era riconosciuto dalla legge romana: *Celsus ait duorum quidem in solidum dominium esse non posse* ( L. 5, §. 15, D. lib. XIII, tit. VI. ). Certamente può avvenire che la medesima cosa appartenga a due o più persone, che la posseggano in comune, e nello stato d' indivisione; ma in tal caso, ciascuno dei proprietarî non vi rappresenterà che la sua quota numerica, perchè quello che appartiene ad uno non può appartenere all' altro. Laonde i due vocaboli *proprietà* e *pubblicità* inchiudono una contradizione logica e legale, perchè rappresentano due idee le quali si escludono reciprocamente. Inesatta è quindi l' espressione di *proprietà pubblica*, usata comunemente, per denotare quelle cose sulle quali non può esercitarsi alcun dritto di proprietà o di appropriazione individuale.

171. Con assai maggiore esattezza le nostre leggi, per indicare questa specie di oggetti pubblici, adoperano la voce *cose*, come si vede in quella del 21 marzo 1817; ovvero l' altra di *dipendenza*, come fa l' art. 463 ll. cc. — Ed in effetti, in giurisprudenza *cose* e *proprietà* non sono espressioni sinonime. La prima inchiu-

de un' idea più generale ed estesa, comprendendo tutto ciò che esiste e può essere all'uomo di qualche utilità, comechè non sia da lui posseduto, nè faccia parte del suo patrimonio, ovvero anche non possa mai possederlo: son cose, a modo di esempio, il mare, i corsi di acqua, gli animali selvaggi, ecc. La seconda poi, come ho detto, rappresenta e significa quelle cose che si posseggono, e che fanno parte del nostro patrimonio e del nostro dominio esclusivo.

172. Laonde tutti quegli oggetti i quali, sia in forza del dritto naturale, sia per l' autorità della legge civile, sono posti fuori commercio, dichiarati esenti dai principî e dai dritti dell' appropriazione privata ed individuale, sono appunto le *cose pubbliche*.

## §. LXXXI.

### *Condizioni perchè una cosa sia qualificata come pubblica.*

173. Nondimeno, non basta di aver genericamente indicata la differenza tra le cose pubbliche e private, ed avere astrattamente stabilita una idea di separazione che debbe distinguerle. In una materia di tanta importanza per determinare la competenza, è indispensabile con una nozione concreta specificare il carattere essenziale che fa distinguere le une dalle altre; vale a dire, fa mestieri analizzare in che sta il carattere di *pubblicità* delle cose materiali, che si sottraggono all'appropriazione e dominio privato.

174. Due condizioni sono necessarie per fare attribuire il carattere di pubblicità ad una cosa, cioè, 1.° la destinazione ad *un uso pubblico*, e 2.° l'*attualità* di questa destinazione. La loro esistenza debb'essere simultanea; altrimenti mancherebbe il carattere della pubblicità.

175. È necessario di afferrar con precisione le idee contenute in questa duplice condizione, perciocchè da esse può dipendere la soluzione di moltissime quistioni che possono presentarsi. Se, a modo d' esempio, voglia conoscersi se un fondo determinato, apparte-

nente al demanio, possa essere soggetto a prescrizione, e se debba esser pareggiato ai beni privati in quanto alle contrattazioni, ed alle forme; in tal caso, ove non siesi colpita la vera significazione delle due condizioni indicate, non sarà possibile procedere in un modo chiaro e sicuro, nè trarre conseguenze giuste e legittime.

## §. LXXXII.

*Sviluppo della prima condizione concernente l' uso pubblico.*

176. In quanto alla prima dunque, io dico che l' *uso pubblico* sveglia a primo tratto un' idea vaga ed indeterminata, che bisogna ridurre ad un concetto più concreto, col fissare che cosa debba intendersi per *pubblicità* relativamente ad una cosa materiale. L' idea di *pubblico* esclude essenzialmente dal suo concetto ogni limite o parzialità, esclude ogni divisione delle parti di uno stesso tutto, ma ne comprende e ne abbraccia tutto il complesso. Quando questa idea si voglia applicare ad una data associazione, è chiaro ch' essa si estende a tutta la generalità degl' individui; pochi individui, o anche certe classi, per quanto sieno numerose, non significheranno mai il *pubblico*, nel vero senso della parola.

177. Ora, ogni cosa materiale, considerata in sè stessa, non è nel suo concetto nè pubblica nè privata: essa diviene tale, quando entra in rapporto, sia con un individuo, sia col complesso della società. Se la relazione che l'accompagna concerne la società complessiva, si dirà pubblica. L' uso dunque della universalità dell'associazione sulla cosa, determina il carattere di *uso pubblico*, e quindi il carattere di *pubblicità* della cosa stessa. Se non che, questo uso pubblico può esser determinato o dal rapporto di ciascun individuo preso singolarmente, in modo però che niuno dei componenti lo stato possa esserne possibilmente escluso; ovvero dal rapporto della cosa relativamente all' unità dello stato, presa come personalità complessiva, e senza considerazione di parti singolari. Sì nell'u-

no, che nell'altro caso, l'uso sarà sempre *pubblico*: nel primo caso, perchè vi esiste realmente un rapporto giuridico tra la cosa e tutti i componenti del pubblico; nel secondo, perchè questo rapporto non esiste individualmente per tutti, ma esiste però per quella personalità complessiva che tutti li abbraccia e li comprende.

178. Così, una strada regia è una cosa pubblica, perchè è di *uso pubblico*. In questo caso l'uso in tanto è pubblico, in quanto riflette la universalità dei cittadini dello stato, i quali possono tutti, ciascuno singolarmente, godere del beneficio di passarvi. Quì dunque il rapporto di *pubblicità* che colpisce la cosa, si risolve nel rapporto singolare della universalità degli individui. Un bastione di una piazza da guerra per l'opposto, è anche una cosa *pubblica*, perchè vi è la destinazione ad un *uso pubblico*; ma esso non si risolve già nell'uso singolare di ciascun individuo dello stato, ed invece è costituito da un rapporto che ha la cosa relativamente alla unità solidale e complessiva dello stato.

179. Per la qual cosa è manifesto, che una cosa materiale acquista il carattere e la denominazione di *pubblica*, per la sua relazione a tutto l'aggregato di una società; e che questo carattere di pubblicità è determinato, o dal servigio che lega la cosa alla personalità solidale e complessiva del pubblico, ovvero dal servigio e dall'uso che presta singolarmente a tutti i componenti del pubblico, niuno escluso.

## §. LXXXIII.

### *Sviluppo della seconda condizione, risguardante l'attualità dell'uso pubblico.*

180. In quanto alla seconda condizione poi, è evidentissimo che l'*attualità* della destinazione ad un uso pubblico, è anche un elemento sostanzialissimo per determinare ed attribuire il carattere di pubblicità alla cosa. Non perchè una cosa abbia avuta una volta

la destinazione ad un uso pubblico, potrà dirsi *pubblica*, quando ha perduta questa destinazione primitiva: sarà essa allora *demaniale*, entrerà a far parte del *Demanio dello stato*, ma non potrà più dirsi pubblica. È vero che vi son cose, le quali conservano perpetuamente il loro carattere di pubblicità, perchè esso non dipende dal fatto dell' uomo o dalla dichiarazione della legge: così un fiume navigabile è perpetuamente pubblico, perchè questo suo carattere deriva dall' intima essenza della cosa, nè può perderlo sino a che le forze occulte della natura non lo rendano inabile alla navigazione, diminuendo il volume delle sue acque. Ma ve ne sono altre, le quali possono perdere la destinazione pubblica che aveano ricevuta: così, se la costruzione di una novella strada rende inutile il passaggio sull' antica, allora questa ultima avrà perduta la sua destinazione ad un uso pubblico, dal momento che la desuetudine o la stessa dichiarazione della legge le abbiano ritolto l' antico carattere. Dal che ne procede, che il terreno della vecchia strada potrà diventare o rimanere proprietà *demaniale*, ma non più *pubblica*.

181. Laonde è l' *attualità* della destinazione ad un *uso pubblico*, che fa annoverare una cosa nella categoria delle *cose pubbliche*. Questo duplice elemento è indispensabile e debbe esistere con una necessaria contemporaneità: ove sievi l' uno senza l' altro, sparisce ogni concetto di pubblicità della cosa, perchè è distrutto il carattere specifico che la costituisce.

## §. LXXXIV.

### *Carattere generale delle cose appartenenti al Demanio pubblico.*

182. Vi sono dunque e vi debbono essere necessariamente nello stato delle cose pubbliche, per le quali, in vista dell' interesse generale, è limitata la facoltà indefinita dell' appropriazione individuale. Or queste cose si presentano sotto una doppia natura: o sono valori e cose mobili, come le contribuzioni pubbliche ed ogni

specie d' imposta che va a raccogliersi e concentrarsi nelle casse dello stato ; ovvero sono cose e valori immobili, come sono i corsi di acque, le strade, i castelli, ecc. Le cose pubbliche di questa seconda specie sono quelle che impropriamente, come ho notato, vengono qualificate col nome di *proprietà pubbliche*, e che con maggiore esattezza diconsi del *demanio pubblico*.

183. Sotto questo nome la legge figura la persona simbolica del pubblico, di cui è rappresentante lo stato : è in questa personalità ideale, che si suppone risedere il dominio eminente di queste cose pubbliche ed immobili, destinate ad un uso comune e essenzialmente pubblico. Si noti che per questa specie di cose, non è già lo stato che raccoglie e concentra in sè questo dominio eminente : esso non è che il semplice gestore e rappresentante dell' essere collettivo, simboleggiato dal demanio pubblico. Esso non fa altro che amministrare e tutelare queste cose, per garentirne e mantenerne intatta la integrità e la destinazione : il vero possessore di esse è l' essere morale e collettivo che diciamo *pubblico*. Si rifletta a questa circostanza ch' è della massima importanza nelle applicazioni ; perciocchè, quando il dominio di una cosa materiale risiede nella persona dello stato, allora questa cosa acquista la qualità di *patrimoniale*, entra a far parte delle proprietà dello stato, e non è più *pubblica*. Questa distinzione è quella che segna la differenza tra il *Demanio pubblico* ed il *Demanio dello stato* ; differenza la quale, non bene avvertita da tutti, può far cadere in molti errori nelle quistioni che possono presentarsi circa la competenza.

## §. LXXXV.

### *Duplice specie di Demanio pubblico, nazionale e comunale.*

184. In quanto al demanio pubblico poi, è necessaria un'altra distinzione. Questo demanio è di due specie, secondo che si consideri appartenere alla universalità dell' associazione collettiva rappre-

sentata dallo stato, ovvero a quelle minori associazioni che costituiscono le famiglie politiche dello stato stesso, cioè i municipî o comuni. Nel primo caso prende il titolo di *Demanio pubblico* propriamente detto, e potrebbe distinguersi con l'aggiunto di *nazionale*, per qualificare la differenza dall'altro; nel secondo assume la denominazione di *Demanio pubblico comunale.*

185. Il comune non è già l'effetto di una istituzione di dritto positivo, non è la creazione della legge. Sorta la proprietà per soddisfare i naturali bisogni ed esigenze della famiglia, e sviluppata, afforzata, e moltiplicata la famiglia dalla proprietà, per quella vicendevole influenza di causa ed effetto che queste due istituzioni primitive e provvidenziali han dovuto spiegare tra loro, le relazioni di località, il ricambio dei mutui servigî, han prodotto quelle prime agglomerazioni, le quali sono state le forme originarie ed iniziali sotto cui si è manifestata la società civile. E quando il lento e successivo sviluppo della vita interna di queste prime famiglie politiche, e la omogeneità d'interessi e di bisogni, han dato maggiore impulso all'istinto di sociabilità, allora è sorto e si è costituito più tardi lo *Stato*, il quale è venuto a comporre l'unità nazionale in mezzo alla varietà di queste minori associazioni. Adunque, il municipio, frutto del principio della necessità e dell'istinto di associazione, preesiste allo stato: è la sua esistenza che fa sorgere lo stato, non è lo stato che lo crea e lo costituisce.

186. Ora in questo stato primitivo dell'associazione, per quello stesso titolo naturale, in virtù del quale i primi abitatori appropriaronsi, ciascuno individualmente, le parti rispettive del suolo per coltivarle in coerenza dei loro bisogni, essi impadronironsi ancora di una determinata estensione di territorio conveniente al numero più o meno grande dei componenti, per goderne in comune e soddisfare ai bisogni relativi a tutto l'aggregato, preso collettivamente. Tutta quella parte della estensione territoriale, ove venne ad agglomerarsi il municipio, e che non formò materia dell'appropriazione individuale, rimase adunque con qualità *comune* nel dominio

dell' aggregazione considerata nella sua unità. Questa parte dal suolo, di cui storicamente si rinviene l' esistenza in qualunque di queste primitive società, è quella che dicesi *demanio pubblico comunale*.

187. Per determinare il carattere specifico dei beni che lo compongono, ricorre la medesima osservazione fatta precedentemente intorno al demanio pubblico nazionale: è l' *uso pubblico*, esercitato da tutti gli abitanti *ut singuli*, che attribuisce ad un fondo la qualità di demaniale. E quì si noti, che gli abitanti non sono che semplici *usuarî* a titolo di servitù attiva, ma non potrebbero considerarsi come proprietarî indivisi di tali fondi demaniali. Se questi furono lasciati al di fuori dell' appropriazione individuale per servir nel futuro al godimento comune degli abitanti, è per ciò che il dominio eminente o il diritto di proprietà non può risedere che nel corpo intero del comune, considerato *ut universitas*, ossia come una unità morale destinata a riprodursi perpetuamente. Il dominio adunque appartiene all' ente collettivo, gli usi a tutti gli abitanti: e tali usi consistono sia nei pascoli, sia in quei diritti che si esercitano nei boschi comunali, e che prendono il nome di *usi civici*.

## §. LXXXVI.

### *Distinzione tra il Demanio pubblico, e i beni patrimoniali dello stato o del comune*

188. Ma lo Stato ed il Comune, oltre di essere degli enti politici, rappresentanti l' uno l' associazione nazionale, e l'altro la primitiva famiglia politica che dà origine allo stato, sono anche enti *giuridici*, ossia persone morali esercenti tutti i dritti e le obbligazioni inerenti alla personalità: tale è quello di possedere un patrimonio, una proprietà esclusiva, per goderne e soddisfare a tutte le sue esigenze, sotto il rapporto della sua individualità, e senza che a questo godimento prendano parte gl'individui che lo compongono.

Questo patrimonio, relativamente alle persone dello stato, dicesi *Demanio dello stato*, distinto dal demanio *pubblico*; e relativamente al comune, prende il nome di *beni patrimoniali*.

189. Il carattere che distingue questo patrimonio, sia dello stato, sia del comune, dal demanio pubblico sia nazionale, sia comunale, è che pel primo manca ogni *uso pubblico*, e si compone di tutti quei fondi sia urbani, sia rurali, dai quali si trae una rendita, che va a concentrarsi nelle casse dello stato o del comune. È questa la teorica ammessa generalmente in giurisprudenza, e che poggia sopra un principio eminentemente razionale. Questi beni adunque non sono *pubblici*, perchè non sono sottoposti nè all'uso di tutti, nè alla difesa comune: ma sono posseduti dallo stato o dal comune a titolo di privata proprietà.

## §. LXXXVII.

### *Specificazione dei beni del Demanio dello Stato.*

190. Specialmente, in quanto al demanio dello stato, esso abbraccia tutte le proprietà fondiali, tutt'i beni incamerati per l'abolizione delle antiche corporazioni disciolte, tutt'i beni vacanti e senza padrone, tutte le successioni abbandonate e di coloro che muoiono senza eredi, le isole, isolette ed unioni di terre che si formano nei fiumi navigabili ed atti a trasporto, ecc. — Questa enumerazione però non è compiuta, e solo ne ho fatto cenno per meglio far rilevare la diversa loro natura da quelli del demanio pubblico. Semprechè una cosa non costituisca una proprietà privata, ossia non è posseduta da alcuno, e nel tempo stesso non è soggetta ad un *uso pubblico*, appartiene allo stato e fa parte del suo patrimonio.

## §. LXXXVIII.

*Imprescrittibilità dei beni del Demanio pubblico; prescrittibilità dei beni patrimoniali.*

191. La diversa natura che distingue i beni del *Demanio pubblico* dai beni *patrimoniali* dello stato, produce differenti effetti giuridici che bisogna far rilevare, perchè sono di una grande importanza in ordine alle quistioni di competenza: i quali effetti sono poi applicabili tanto ai beni del demanio pubblico nazionale, che comunale. I principali tra essi sono, che mentre i beni patrimoniali sono alienabili e prescrittibili, quelli poi componenti il Demanio pubblico sono colpiti dal vincolo della inalienabilità, e quindi della imprescrittibilità.

## §. LXXXIX.

*L' uso o il servigio pubblico genera la imprescrittibilità.*

192. Ci ha due specie di cose, le quali son poste fuori il commercio degli uomini, e sono perciò inalienabili, sia per l' impero del dritto naturale, sia per quello della legge civile. Le cose della prima specie son quelle che la Provvidenza ha create per l'uso universale, come l' aria, la luce, il mare ecc.; quelle cose insomma conosciute in dritto sotto la denominazione di cose *comuni*, e che per la loro immensitá son poste al di fuori di ogni potere d' individuale appropriazione. Per esse, ben si comprende, che l' inalienabilità è assoluta, perciocchè l' ordine della natura che le ha destinate egualmente per tutti è immutabile.

193. La seconda specie poi è di quelle cose che son poste fuori commercio dalla forza della legge civile, come sono le strade e tutti quelli altri beni componenti propriamente il demanio pubblico. Quì però l' inalienabilità non è assoluta, perchè deriva dall'or-

dine civile, che può esser mutato. Questa loro qualità ha la sua sorgente nei differenti servigi pubblici a cui sono destinati. Or, la stessa autorità che ha voluto porre fuori commercio e rendere inalienabile un dato fondo, consecrandolo ad una destinazione pubblica, può anche riporlo nell' ordine dei beni ordinarî, col sopprimere quel servizio pubblico cui trovavasi assegnato: allora, abolita quelle destinazione che era stata impressa sul fondo, cessa ogni causa ed ogni ragione della inalienabilità.

194. Posta adunque la qualità inalienabile dei fondi componente il demanio pubblico, ne viene come conseguenza necessaria la loro imprescrittibilità. E imprescrittibile tutto ciò ch' è inalienabile. Ed in effetti, nella prescrizione, l' alienazione si opera in virtù di quel consenso tacito e presunto di colui, il quale soffre che il suo fondo sia posseduto da un altro, *animo domini*, e senza produrne reclamo. Ora, non può mai sorgere questa presunzione là dove il fondo non è alienabile, perchè destinato ad un servigio generale della società: una tale destinazione crea un dritto pubblico per tutti, contro cui niuno può, singolarmente, prescrivere: *praescriptio temporis juri publico non debet obsistere* ( L. 6, C. *de oper, publ.* lib. 8, tit. XII ); perciocchè niuno può essere ammesso a porre il suo interesse individuale al di sopra di quello della società intera.

## §. XC.

*La cessazione dell' uso pubblico fa rientrare il fondo sotto la regola comune della prescrizione. — Abolizione espressa.*

195. Ma se poi, per qualunque siesi avvenimento, cessi questo interesse generale della società, il principio della prescrizione debbe allora riprendere il suo vigore, perchè in tal caso l' interesse privato, rimanendo solo, non può più trovarsi in conflitto con l' interesse pubblico che più non esiste. In conseguenza l'imprescrittibilità, ch' è un effetto, cessa di esercitare la sua forza dal mo-

mento in cui la destinazione pubblica del fondo possa risguardarsi come abolita o distrutta ; perciocchè, il fondo precedentemente ritenuto nel *demanio pubblico*, da quell'istante rientra nella classe dei beni *patrimoniali*, e però è restituito alla sua libertà naturale, e rimane per l'avvenire con la qualità di fondo alienabile e quindi prescrittibile.

196. Non bisogna dunque perder di veduta, che fino a quando dura la destinazione pubblica del fondo, si trova esso colpito dal vincolo della inalienabilità e della imprescrittibilità ; vincolo che cessa con la distruzione di questa pubblica destinazione. Ora, una tale destinazione può venir distrutta in due modi, o espressamente, ovvero tacitamente. — È abolita espressamente, quando l'autorità competente, con un suo atto, dichiari soppresso quel servigio pubblico che si esercitava dapprima sopra un dato fondo: tale sarebbe il caso in cui essa decretasse la demolizione di una fortezza militare, o la soppressione di una strada inutile o pericolosa in una data località, per edificarne un'altra più vantaggiosa. È chiaro allora, che il suolo della strada soppressa, ed i terreni militari della fortezza demolita, avendo perduta la destinazione ad un uso o ad un servigio pubblico, rientrano da quell'istante nei beni patrimoniali, e divengono perciò prescrittibili come ogni altro fondo posseduto a titolo di proprietà.

## §. XCI.

### Quid *dell'abolizione* tacita *del servigio pubblico?* — *Anche in tal caso il fondo, cangiando di natura, rientra sotto la regola comune.*

197. Più grave a primo aspetto può sembrare la quistione, quando il servigio pubblico non sia abolito che tacitamente, ossia quando pel fatto o per un uso contrario non abbia esso più luogo, senza esservi stato alcun atto dell'autorità che lo sopprima. Gli au-

tori non sono d' accordo su questo punto : alcuni opinano non potersi ammettere l' abrogazione tacita, e pel solo fatto dell' uso contrario, di quella destinazione pubblica impressa ad un suolo o ad un immobile qualunque; e quindi negano che in tal caso possa aver luogo il beneficio della prescrizione.

198. Ma io abbraccio l'opinione dei più, i quali son di parere, che la prescrizione debb'essere giudicata ammissibile, dal momento in cui diviene certo che ogni uso o servigio pubblico era cessato, o era rimasto annullato per effetto della degradazione o pel cangiamento materiale delle superficie del suolo (1). In effetti, non dee dimenticarsi che la prescrizione, essendo stata introdotta come un mezzo necessario di acquisto, pel riposo delle famiglie e per la sicurezza dei dritti di proprietà, debb'esser considerata come una istituzione d'interesse generale ed urgente della società; che in conseguenza, sotto questo aspetto, il principio della prescrittibilità dei fondi debbe costituir la regola generale, e meritare maggior favore, mentre la loro imprescrittibilità non debb' essere che una eccezione. Ora, la abrogazione tacita dell'uso pubblico di una cosa, e quindi la sua prescrittibilità, debb'essere ammessa, per la semplice ragione, che nulla ci ha d'immutabile nelle istituzioni civili, e che, potendo la legge stessa essere tacitamente abrogata da un uso contrario, dee dirsi, a *fortiori*, che nella stessa guisa l' uso contrario alla destinazione, impressa in linea eccezionale ad un fondo dalla potestà pubblica, debba aver l' efficacia da far rientrare un tal fondo sotto l'impero del dritto comune, che è quello della prescrittibilità. Ciò debbe ammettersi anche perchè, dal momento che costa essere stato da lunga pezza annullato il servigio pubblico, senza esservi stato mai alcun segno, alcun indizio di ripristinazione, l'imprescrittibilità, la quale non era che la conseguenza appunto di quel servigio, ha dovuto anch' essa cessare pel futuro: diversamente, si ammetterebbe un effetto senza causa, perchè sussisterebbe sempre quella imprescrittibilità, men-

(1) V. Proudhon. Du Domaine public., t. 1., n. 217 e seg.

tre più non sussiste quel servigio che ne era l' unica causa generatrice. Ponghiamo quindi che un' antica strada sia rimasta compiutamente abbandonata , sia pei pericoli che offriva ai passanti , sia per la costruzione di una novella via che l' abbia renduta del tutto inutile. Dal momento in cui sarà cessato ogni uso pubblico , è innegabile che il suolo di essa avrà perduto *tacitamente* la qualità di fondo del *demanio pubblico*, e sarà divenuto invece un bene unicamente *patrimoniale* dello stato, perchè è il *servigio pubblico* quello che distingue l'una specie di fondi dall' altra. E però, da quel momento cangeranno gli effetti che derivavano dalla sua primitiva qualità; cesserà il beneficio eccezionale che avea della imprescrittibilità; e rientrerà per lo rovescio sotto la regola comune della prescrizione, la quale esercita il suo impero sopra tutti i fondi che lo stato possiede a titolo di *proprietario*. — È ben vero che possono incontrarsi maggiori o minori difficoltà per determinare il tempo nel quale l' uso pubblico sia stato così compiutamente distrutto, da potersi affermare che appunto da una data epoca debbasi ritenerne il suolo come divenuto soggetto alla prescrizione. Ma sarà questa una semplice quistione di fatto , la cui valutazione è abbandonata al magistrato, senza che per nulla rimanga snaturata la quistione di dritto: sarà sempre vero il dire, che la prescrizione dovrà esser giudicata ammissibile, dal momento in cui è verificato, che ogni uso o servigio pubblico è cessato tacitamente o rimasto nullo per la desuetudine.

# CAPO TERZO

## VEDUTE CARDINALI SUL POSSESSO IN ORDINE ALLA COMPETENZA AMMINISTRATIVA.

§. *XCII.* — *Il possesso è l'indizio naturale della proprietà.*

§. *XCIII.* — *La legge garentisce la proprietà con la tutela dei possessi.*

§. *XCIV.* — *La legge tutela il dritto di proprietà nel possesso, mediante il beneficio dell'azione possessoria, e della sua separazione dal petitorio.*

§. *XCV.* — *Condizioni legali perchè il possesso sia civile, e quindi manutenibile.*

§. *XCVI.* — *Quando è che una cosa è legalmente possedibile*

§. *XCVII.* — *Distinzione tra le cose pubbliche essenzialmente ed accidentalmente.*

§. *XCVIII.* — *L'eccezione di cosa pubblica nei termini del possessorio è inammissibile, quando vi è luogo ad un possesso manutenibile.*

§. *XCIX.* — *Anche per le cose pubbliche essenzialmente, può esservi luogo ad azione possessoria, quando vi è un titolo.*

§. *C.* — *Giurisprudenza della Corte di cassazione francese sul proposito.*

§. *CI.* — *Sviluppo di questo principio.*

§. *CII.* — *Principio conseguente in ordine alla incompetenza amministrativa, ogni qual volta vi è luogo ad un possesso manutenibile da parte del privato.*

§. *CIII.* — *Questo principio è consecrato dalla giurisprudenza francese.*

## §. XCII.

*Il possesso è l'indizio naturale della proprietà.*

199. Il possesso ed il dritto di proprietà sono due elementi che intimamente si compenetrano, e si legano l'uno all'altro. Il primo è la forma originaria e perpetua con cui si effettua il secondo; ed in tal senso, ben si dice che il possesso fu il principio generatore della proprietà, perchè ne costituisce la forma estrinseca e probante. È per esso che le diverse cose esterne e capaci di appropriazione individuale, le quali nei primordi dell'umanità furono offerte agli uomini dalla Provvidenza, e che non appartenevano ad alcuno, divennero naturalmente e successivamente la proprietà dei primi occupanti. Ed anche presentemente, sotto l'impero della legge civile, è per esso che molte cose, le quali non costituiscono l'appartenenza propria di alcuno, entrano ugualmente nell'appropriazione e nel dominio del primo occupante: *omnia igitur animalia quae terra, mari, caelo capiuntur, id est, ferae bestiae, et volucres et pisces, capientium fiunt* (L. 1.ª in fin. ff. *de acquir. rer. Dom.*)

200. Ed è così intimo il legame ed il rapporto esistente tra il possesso e la proprietà, che ambedue adempiono l'uffizio reciproco di causa e di effetto, l'uno rispetto all'altro. Così è, che l'acquisto del dritto di proprietà diviene la causa legittima del dritto di possesso; vale a dire, che l'acquirente ha il dritto di esigere il possesso della cosa acquistata. È così anche, per lo rovescio, che il possesso, il quale prima di ogni legge civile era la forma esterna dell'appropriazione, è anche oggi la causa reale e generatrice del dritto di proprietà, per quelle cose che si possono acquistare mediante la prescrizione, e per quelle altre le quali, essendo cose *nullius*, possono entrare nel dominio individuale.

201. Il possesso adunque, sia che si consideri come l'effetto necessario e giuridico del dritto di proprietà, ovvero come la forma

primigenia che ad esso dà origine, sarà sempre l'indizio naturale da cui si rivela l'esistenza del dritto stesso di proprietà, perciocchè essendo le cose *proprie* destinate ad esser godute, il possesso è l'unica forma estrinseca e probante del dominio.

## §. XCIII.

*La legge garentisce la proprietà con la tutela dei possessi.*

202. Ora, la garentia civile che la legge somministra per la sicurezza della proprietà e dell'esercizio dei suoi diritti e dei suoi privilegi, sta appunto nella tutela e difesa dei possessi. Al certo, la legge dovea stabilire un punto fisso su cui riposare e da cui partire, a fine di difendere e garentire i dominî. In materia di proprietà tutto dee poggiare sulla verità estrinseca e sulla forza delle pruove che la dimostrano. Senza dubbio, può accidentalmente accadere, che un uomo possegga quel che non appartiene a lui, ma ad un altro; ma se il vero proprietario ha per un determinato tempo tollerato questo godimento del terzo, senza reclamare, è presunto aver riconosciuto i dritti del possessore, o aver voluto tacitamente trasferirgliene il dominio. Chi dunque possiede tranquillamente e palesemente per un dato tempo, se non somministra con ciò una *pruova* della legittimità del suo possesso, ne somministra al meno una *presunzione*, appunto perchè, per un principio di dritto naturale, il possesso è l'indizio e la forma necessaria del dritto di proprietà. Questa presunzione adunque costituisce quel punto di partenza da cui la legge, per una necessità sociale di pubblica sicurezza, viene determinata a tutelare i possessi, senza pregiudicare l'esame della loro validità. Guai a quello stato, diceva un illustre pubblicista, nel quale questa presunzione non costituisse il fondamento della comune sicurezza dei privati possessi! Allora tutto fluttuerebbe in una orrenda incertezza, per la quale la società sarebbe in preda a perpetue agitazioni ed usurpazioni.

## §. XCIV.

*La legge tutela il dritto di proprietà nel possesso, mediante il beneficio dell' azione possessoria e della sua separazione dal petitorio.*

203. È appunto in forza di questo principio di tutela, che la legge preferisce la causa del possessore a quella di chi non possiede, perciocchè il possesso fa nascere la presunzione di dominio sulla cosa, intorno a cui è sorta la controversia; *In pari causa possessor potior haberi debet* (1). Dal che procede l' altro canone conseguente, che il possessore non debba nulla provare per conservare il suo dritto di possesso, fino a che per evincerlo non si alleghi un titolo distruttivo del suo possesso stesso: *In speciali actione cogitur possessor dicere pro qua parte ejus sit; hoc enim petitoris munus est, non possessoris* (2). Questi canoni sono la coseguenza del principio, che essendo il possesso intrinsecamente legato con la proprietà e compenetrandosi con essa, il possessore è presunto proprietario, sino a che colui che contrasta il suo dritto non abbia somministrato la pruova del contrario.

204. Da ciò risulta, che quando vi è contestazione, tanto sul fatto del possesso che sul dritto di proprietà, la quistione possessoria è quella che debb' esser decisa in primo luogo, perchè fa duopo innanzi tutto conoscere quale è quello fra i due contendenti, il quale, agendo in qualità di attore, debba provare il suo dritto di proprietà, e quale è all' opposto quello, che può farsi scudo del possesso per sostenere il suo dominio fino alla pruova in contrario: *et ante quæratur uter ex litigatoribus possidere, et uter petere debeat: namque nisi ante exploratum fuerit utrius*

(1) L. 128. ff. *de reg. jur.* lib. L, tit. XVII.
(2) L. 73, ff. *de rei vind.* lib. VI. tit. I.

*eorum possessio sit, non potest petitoria actio institui, quia et civilis et naturalis ratio facit ut alius possideat, et alius a possidente petat* (1). Il petitorio ed il possessorio sono talmente distinti, che la legge vieta solennemente di cumularli e deciderli con un solo e medesimo giudizio, sia perchè, come ho notato, non si potrebbero qualificare con precisione le parti in causa, nè distinguere l'attore dal convenuto; sia perchè il fatto del possesso, presentando una presunzione in pro del possessore, ha duopo di un procedimento sommario, che non è compatibile con un esame lento e minuto, necessario per la discussione sul dritto di proprietà.

205. Con due mezzi adunque la legge garentisce e tutela il possesso, cioè col beneficio dell'azione possessoria a favore di colui che possiede, e con la separazione di questa dall'azione petitoria, separazione profonda ed inviolabile.

## §. XCV.

### *Condizioni legali perchè il possesso sia civile e quindi manutenibile.*

206. Ma non ad ogni specie di possesso la legge attribuisce quei privilegi e quei diritti che derivano dalla presunzione della sua legittimità. Perchè il possesso sia presunto legittimo, fa mestieri che sia accompagnato da talune condizioni, senza delle quali esso si ridurrebbe ad un semplice fatto, non già ad un diritto, e sarebbe perciò privo di ogni effetto giuridico. Le condizioni che debbono accompagnarlo sono quelle indicate nell'art. 127 ll. proc., il quale stabilisce i caratteri che debbe inchiudere il possesso per esser qualificato *civile*.

207. Uscirei dal mio scopo se mi occupassi ad analizzare ciascuno di questi caratteri: ciò costituisce propriamente il subbiet-

(1) Instit. §. 4, de Interd. lib. IV, tit, XV.

to di un corso generale di dritto, ma non di un trattato relativo alla competenza amministrativa. Basterà soltanto il ricordare, che tali condizioni si riducono alle seguenti.

1.° Il possesso debb' esser *continuo*, vale a dire che il possessore non debbe avere abbandonato la cosa per suo proprio fatto.

2.° Debb' essere *non interrotto*, il che significa che il possesso non debb' essere stato interrotto pel fatto di un terzo.

3.° *Pacifico*, *pubblico*, non *equivoco*, ed a titolo di *proprietà*.

208. Quando il possesso riunisce queste condizioni, esso non è semplicemente un fatto, ma prende forma e carattere di dritto; diventa allora un possesso *civile*, produttivo di tutti gli effetti giuridici. Or due sono le principali ed importantissime conseguenze che derivano dal possesso civile, allorquando d' altra parte concorra l' estremo del periodo di tempo voluto dalla legge per dar luogo ad un' azione possessoria. La prima è, che il fatto del possesso quando può qualificarsi come civile, ossia quando trovasi ne' termini e nelle condizioni per essere legalmente manutenibile, ingenera una presunzione *juris* della sua legittimità, fa supporre l' esistenza di un *dritto* a posseder la cosa, e quindi attribuisce al possessore il *jus quæsitum* di provvisoria manutenzione, fino a che in un regolare giudizio petitorio si dimostri inesistente il dritto; e questa efficacia giuridica, questo *jus quæsitum* consiste appunto nel far mantenere o reintegrare nel possesso il turbato possessore, sino a che una tale pruova non si faccia. L' altra è poi, che questo dritto acquistato ha per effetto di far nascere e valere un altra presunzione *juris*, cioè che la cosa si è goduta *jure proprio*, vale a dire che sia posseduta a titolo privato, *jure privato*: la qualità che accompagna la cosa, fino a che dura l' impero di questa presunzione, è che sia di natura tutta privata.

209. Si consideri bene tutta la importanza di questa seconda conseguenza, la quale è della massima efficacia nella quistione di competenza. Queste idee si compenetrano, nè potrebbero

stare l' una senza dell' altra , perchè l' una inchiude necessariamente l' altra : appunto perchè il possesso è nelle condizioni per essere manutenibile , fa nascere la presunzione di legittimità ; ed appunto questa presunzione che lo fa supporre legittimo , fa sorgere l' altra di privato dominio della cosa. Del resto lo sviluppo di questo principio profondamente razionale , risulterà da quanto sarò per dire nei seguenti paragrafi.

## §. XCVI.

### *Quando è che una cosa è legalmente possedibile.*

210. Dico adunque che non mai può esservi possesso civile produttivo dei privilegi di un' azione possessoria , quando la controversia cade sopra una cosa *non legalmente possedibile.* Questa proposizione ha bisogno di chiarimento. Ho detto che la legge limita il dritto di appropriazione individuale per tutte quelle cose, le quali debbono essere destinate essenzialmente all' uso comune o pubblico ; e che tali cose perciò rimangono fuori commercio , sono inalienabili ed imprescrittibili , nè sono quindi suscettive di privata proprietà. Per esse adunque non può esservi mai un possesso *civile* , perciocchè, sia che questo si consideri come la forma necessaria dell' esercizio di un diritto di proprietà preesistente , sia che si riguardi come la causa generatrice del dritto stesso , incontra un ostacolo insuperabile nella natura specifica della cosa, che si sottrae da qualunque dominio privato. Ond' è chiaro , che tali cose non sono mai *legalmente possedibili* , nè possono far godere dei benefizi di un' azione possessoria. Ed in effetti , se non può acquistarsi il dominio sulla cosa mediante un possesso prolungato per tutto il tempo necessario a prescrivere , non si potrebbe poi , con un periodo di tempo minore , pretendere di essere mantenuto provvisoriamente nel possesso : possesso il quale non può esercitarsi , precisamente perchè non può acquistarsi alcun dritto di dominio.

Sarebbe una contradizione logica e legale il dire, che un possesso annale potesse essere più operativo del possesso trentenario, e possa essere attribuita al primo una forza giuridica che neppure il secondo potrebbe avere.

## §. XCVII.

### *Distinzione tra le cose pubbliche essenzialmente ed accidentalmente.*

211. Ma se, per principio generale, non può darsi luogo ad azione possessoria per le cose pubbliche, escluse dal commercio, è necessario però fare una distinzione tra quelle cose che sono pubbliche perpetuamente, e quelle altre che sono tali artificialmente e che possono perdere questa loro qualità. Se per le prime, generalmente parlando, non può pretendersi un possesso provvisoriamente manutenibile, non potrà dirsi la stessa cosa per le seconde.

212. Ed in effetti, tra le cose pubbliche ce ne ha di quelle, le quali hanno segni perpetui ed incancellabili della loro pubblicità, come sono, a modo di esempio, i corsi di acqua perenni, ed in ispecialtà i fiumi navigabili. Destinati questi dalla Provvidenza all' uso comune di tutta un' associazione, perchè necessarî ai bisogni primitivi dell' esistenza, doveano essere garentiti da qualunque appropriazione individuale, che ne avrebbe tolto l' uso a tutti gli altri membri della civile società: per essi la legge, dichiarandoli pubblici, non fa che consecrare un principio rigoroso di dritto naturale. Ma ce ne altre, le quali non acquistano il carattere di pubblicità che artificialmente e per la sola opera della legge, come sono le vie pubbliche, le piazze, i ponti, i canali, ecc. Richieste tali cose dalle esigenze e dallo sviluppo dello stato sociale, nascono con lo stato, il quale appunto per soddisfare a tali esigenze limita il dritto naturale di privata appropriazione. Avendo esse adunque il carattere di pubblicità pel fatto della legge, che

tali le proclama, diventano inalienabili, fuori commercio ed imprescrittibili, solo quando lo stato abbia ad esse impresso i segni esterni e visibili che le manifestino come pubbliche; e cessano di esser tali, quando cessino di avere questi segni esterni e visibili. Una strada abbandonata, a modo d' esempio, un bastione di un castello diroccato, han perduto il carattere di pubblicità, dal momento che è cessato per essi l' uso pubblico del passaggio e della difesa: da quel punto tali cose rientrano nel commercio, diventano prescrittibili ed alienabili, e vanno sottoposte a tutti i rapporti di dritto civile. Questa cardinale differenza che esiste tra queste due specie di cose pubbliche, dee produrre come conseguenza, che se per massima generale non può darsi luogo ad azione possessoria sulle cose pubbliche, ciò ha luogo solo quando la cosa abbia una forma esterna e non equivoca che ne riveli la pubblicità. Ma quando quel segno, quel fatto, quella forma che imprime il carattere pubblico alla cosa, manchi o sia distrutto, allora nulla essendovi che dimostri questa sua pretesa qualità, debb' essere ammissibile il possesso, e quindi la corrispondente azione possessoria a pro del turbato possessore, il quale si trovi nei termini e nelle condizioni per una provvisoria manutenzione.

## §. XCVIII.

### *L' eccezione di cosa pubblica nei termini del possessorio è inammissibile, quando vi è luogo ad un possesso manutenibile.*

213. Da questo principio si può scorgere assai chiaramente, quanto sia inammissibile la eccezione di cosa pubblica che si deduce ordinariamente, ed in tutt' i casi, per respingere l' azione possessoria intentata dal possessore turbato. Questa deduzione fatta nei termini del possessorio parmi una vera petizione di principî, o meglio una contradizione logica.

214. Certamente, quando la cosa ha in sè stessa la forma visibile ed incancellabile di cosa pubblica, la eccezione di pubblicità contro l' azione possessoria, è legale e legittima. Allora questa pubblicità, essendo chiara, certa, non equivoca, ha appunto la efficacia giuridica di respingere ed impedir qualunque esercizio di un preteso dritto di possesso; e bene allora sarà dedotta per far dichiarare inammissibile l' azion possessoria. Fingasi, a modo d'esempio, che Pietro di sua propria autorità faccia una deviazione di acqua da un fiume navigabile: questa specie di fiumi, essendo cose perpetuamente pubbliche, respingono per loro intrinseca natura qualunque appropriazione individuale, e perciò qualunque esercizio o dritto di possesso. Se dunque Pietro, turbato nel suo godimento, intenti l' azione possessoria *reintegrandæ*, bene e legalmente verrà opposta contro di lui la eccezione di *pubblicità* della cosa, anche nei termini del possessorio: e perchè? perchè la cosa avendo in sè stessa una forma certa, non equivoca e visibile della sua pubblicità, ha, in forza di questo suo carattere, la forza giuridica di rifuggire da ogni appropriazione o possesso individuale, ed ha perciò la efficacia di rendere inammissibile qualunque azione possessoria.

215. Ma diversamente avviene allorquando la cosa manchi di questa forma esterna e visibile. In tal caso il carattere di *pubblicità* che si vuole attribuire alla cosa, sulla quale si pretende esercitare un'azione possessoria, dipende da una dimostrazione, da un esame, da una discussione, da una pruova che debbe farsi. Ora, dedurre come eccezione una qualità non dimostrata, ma quistionabile della cosa, significa ritenere come certo quello che appunto è distrutto dal fatto del possesso, e dalla presunzione derivante dal possesso medesimo; significa cadere in una strana confusione, in forza della quale si vuole respingere l' azione possessoria con una eccezione di sua natura petitoriale. In effetti, non essendo dimostrato e palese il carattere pubblico della cosa posseduta, la eccezione di cosa pubblica importa necessariamente una pruova di que-

sta pubblicità, la quale pruova mirando direttamente a distruggere il valore del dritto e del titolo del possessore, riguarda perciò la sola sede del giudizio petitorio. Ora la testuale disposizione dell'art. 129 e seg. ll. di pr. civ. vieta formalmente di potersi cumulare il petitorio col possessorio, ed inibisce al convenuto nel possessorio di difendersi in petitorio, fino a che non sia esaurito il giudizio sul possesso: altrimenti, con questo circolo vizioso verrebbesi a distruggere la guarentigia dei dominî che la legge ha voluto tutelare, precisamente mediante la manutenzione provvisoria dei possessori presuntivamente legittimi.

216. Supponghiamo che Pietro possegga pubblicamente e palesemente un fondo ch' egli coltiva da lungo tempo, e che il Comune nel quale trovasi posto questo tenimento lo turbi nel suo possesso, adducendo esser quello un *demanio pubblico* comunale. Pietro intenta l'azione possessoria per turbativa: potrà il Comune opporre la eccezione di *cosa pubblica* per respingere l'azione di Pietro? No certamente: eppure, è ciò che avviene tutt' i giorni in onta ad ogni sana regola di rito, in onta ad ogni principio elementare di dritto. Ma se il fondo posseduto da Pietro non ha alcun segno visibile, alcuna forma esterna che ne denunzî o ne dimostri la qualità pubblica; se neppure vi esiste alcun documento pubblico che la comprovi; come mai sarebbe distrutta la presunzione *juris* di legittimità, nascente dal lungo possesso, e quindi la sua presuntiva qualità *privata*, da una semplice *assertiva* di cosa pubblica? Accogliere una tale eccezione, e discendere a valutarla, significa conculcare il principio inviolabile della separazione tra il petitorio ed il possessorio, perciocchè la quistione sul carattere pubblico o privato della cosa è petitoriale per sua natura.

217. Non credo di aver mai raccomandato abbastanza la distinzione capitale da me fatta, la quale è la conseguenza immediata dei più rigorosi ed alti principî del dritto relativamente al possesso. Dico adunque doversi ritenere come un canone regolatore della materia, che quante volte il possessore turbato trovasi

nelle condizioni legali che debbono fargli godere il privilegio della provvisoria manutenzione, senza che la cosa posseduta abbia segni esterni o documenti autentici che ne rivelino la pubblicità, allora ogni eccezione di cosa pubblica, dedotta ne' termini del possessorio, nè può distruggere la presunzione di legittimità del possesso, nè può snaturare l' indole dell' azione meramente civile, nè quindi può essere ammissibile, ma debbe proporsi con azione principale in linea petitoriale.

## §. XCIX.

*Anche per le cose pubbliche essenzialmente può esservi luogo ad azione possessoria, quando vi è un titolo.*

218. Non è poi a trasandarsi un' ultima distinzione, la quale costituisce un'altra eccezione al principio, che sulle cose pubbliche non possa darsi luogo ad azione possessoria. Dee valere un principio opposto ogni qual volta colui che pretende sperimentare un' azione possessoria, la corrobori con la esibizione di un *titolo* giustificativo del suo possesso. Suppongo, ben s' intende, che questo titolo sia valido e legale, e che parta dell' autorità legittima: in tal caso non parmi che si possa negare l' ammissibilità dell'azione possessoria.

219. Se è indubitato, per principio generale, che non si abbia dritto al possesso ed alla sua provvisoria manutenzione su quelle cose che non sono per sè prescrittibili con meri atti possessori, gli autori però e la giurisprudenza hanno modificato questo principio, invocando l' appoggio della legislazione romana, quando l'azione possessoria fosse corroborata dal titolo. La legge romana che giustifica una tale soluzione è tratta dall' editto del Pretore, e risguarda precisamente una *cosa pubblica*. Ecco com'essa si esprime: *Quo ex castello illi aquam ducere ab eo cui ejus rei jus fuit permissum, est quominus ita uti permissum est ducat vim fieri veto* (l. 1, §. 38, ff.

de aqua quot. et aest. ). Da questo testo evidentemente risulta, che quando un' individuo faceva una presa d'acqua da un *castello*, ossia da una conserva *pubblica*, ma in forza di una precedente concessione, il pretore vietava qualunque impedimento di fatto contro l'utente, divieto che estendevasi a qualunque persona, ancorchè fosse stato il concedente. Non vi ha dubbio poi che questa legge parli positivamente di acque *pubbliche*: così l' intesero gl' interpetri, fra i quali il Voet così dice: *Et est interdictum prohibitorium de aqua publica ne vis fiat aquam ducenti ex castello, seu receptaculo aquarum publico, unde ad plures aqua per fistulas defluit* ( l. 1, §. ait praetor 38, 39 ff. de aqua quot. et aest. (1).

## §. C.

*Giurisprudenza della Corte di Cassazione francese sul proposito.*

220. È stato precisamente su questo principio della legge romana, che la giurisprudenza francese della Corte di Cassazione, con arresto del 24 luglio 1810, ne ha fatta applicazione alle servitù discontinue, proclamando il principio, che sebbene queste sieno imprescrittibili con meri atti possessori, nondimeno quando il possesso sia accompagnato dal titolo, non è reputato precario ed è provvisoriamente manutenibile.

221. Il fatto che diede luogo all' arresto fu il seguente. Pelleport era nel possesso di passare e far passare i suoi domestici, con cavalli e vettura, sopra un terreno appartenente a Carteret. Questo possesso era fondato sopra un titolo stipulato, nel 17 luglio 1774, tra gli antichi proprietari del terreno e gli autori di Pelleport. Nel 1807, Carteret fa scavare all'estremità della sua ter-

(1) Pand. L. XLIII., tit. 26. n. 2.

ra un fosso abbastanza largo per intercettare il passaggio. Pelleport turbato nel suo possesso, intenta azione possessoria innanzi al giudice di pace, ed esibisce in sostegno della sua dimanda il titolo del 1774. Carteret, nel convenire che il suo avversario abbia il possesso annale, sostiene che la sua domanda di reintegra sia inammissibile, perchè al presente l'azione possessoria in materia di servitù non è aperta, se non rispetto a quelle che il Codice civile dichiara prescrittibili. In primo ed in secondo grado si rigetta l'eccezione di Carteret, e si ammette la domanda di Pelleport. Prodotto il ricorso in Cassazione, la Corte considerò nel seguente modo: — « Atteso che, se il possesso annale della servitù discontinua non » può dare il dritto d' intentare l' azione possessoria, ciò è perchè » il possesso in questa materia, non potendo mai conferire alcun » diritto alla proprietà della cosa reclamata, è sempre reputato pre- » cario, e manca per conseguenza del carattere voluto dalla legge; » ma non è lo stesso quando un tal possesso sia accompagnato da » un titolo: allora, esso non può esser più l'effetto di una sempli- » ce tolleranza, nè esser considerato come precario; che, se il giu- » dice di pace incaricato unicamente di pronunziare sul possesso, » non può giudicare definitivamente sulla validità del titolo, può » nondimeno ordinarne provvisoriamente la esecuzione sotto il rap- » porto del possesso, servirsene per giudicare del carattere del pos- » sesso, e accordare un godimento provvisorio a colui che abbia un » possesso annale accompagnato da un titolo, sotto la riserba dei » dritti delle parti nel merito;—Atteso che, nella specie, il posses- » so che Pelleport eccepiva, era accompagnato da un titolo: d'on- » de segue che non potea essere riguardato come precario, e co- » me se fosse l'effetto di una semplice tolleranza; e per conseguen- » za, che vi era luogo all' azione possessoria, e che il giudice di » pace era competente: — Rigetta, ec. ».

222. Ora questo principio è stato poi successivamente confermato, non solo da altri arresti pronunziati nel medesimo senso nel 6 luglio 1812, 2 marzo e 17 maggio 1820, 16 gennaio 1822, 19

gennaio 1823, 10 decembre 1828 e 4 febbraio 1829 (1); ma ancora dagli scrittori del dritto (2).

## §. CI.

### *Sviluppo di questo principio.*

223. In effetti, ogni legittimo possessore che fosse turbato nel possesso di una servitù discontinua, dovrebbe allora con gran suo detrimento aspettare una sentenza diffinitiva per essere reintegrato nel possesso, e sarebbe in una condizione peggiore di chi trovasi nel possesso di una cosa prescrittibile e senza titolo. Con la produzione del titolo adunque, il possessore tende a distruggere la presunzione d' illegittimità: esso fa le veci del *non vi*, non *clam* non *precario*. Il giudice allora non può esimersi dal guardare il titolo, non già per attribuire diffinitivamente il diritto, non già per discutere il *valore* di questo titolo, ma unicamente per conoscere e convincersi del *fatto della sua esistenza*, e così cancellare la presunta precarietà del possesso. Rimane sempre salva la discussione sul valore ed efficacia giuridica del titolo stesso nel giudizio in merito, ossia nel petitorio. Nel possessorio esso non ha altra virtù, che quella di *colorare* e corroborare il possesso, distruggendo, come si è detto, la presunzione di precarietà; la qual cosa dai Prammatici veniva formolata con la frase, *ad colorandum*. Perchè mai, domanda il Romagnosi (3), il possessore annale non vizioso viene provvisoriamente garentito? in quanto appunto presenta una *presunzione* di legittimità. « Dunque se mai si trattasse di un possesso che non

(1) Jour. du Palais.

(2) Merlin, Rep. v. *Servitude* §. 9: e *Quaest. de dr.* eod. verbo §. 9; — Toullier, t. 3, n. 717; — Duranton t. 5, n. 638; — e Pardessus, *Traité des servit.* n. 324.

(3) Condotta delle acque, §. 1462.

presentasse l'ordinaria presunzione di legge, si deve certamente concedere, che il possessore lo giustifichi col titolo speciale, onde non renderlo di condizione deteriore degli altri, ai quali la natura dei loro possessi presta la presunzione stabilita dalla legge. Senza di ciò la legge praticherebbe una disparità di trattamento non giustificata da veruna ragione. » — In virtù di questa teorica adunque, il giudizio del *fatto*, ossia della *esistenza* del titolo, viene separato e distinto da quello sul *valore* e sulla efficacia del titolo stesso; teorica la quale è applicabile, non solamente alla materia delle servitù discontinue, ma anche a qualunque cosa che non essendo prescrittibile con nudi atti possessorî, come sono quelle costituenti il demanio pubblico, possa però essere oggetto di possesso mediante un titolo di acquisto o di concessione. Del che ne somministra una pruova la cennata legge romana tratta dall' editto del Pretore.

## §. CII.

### *Principio conseguente in ordine alla incompetenza amministrativa, ogni qual volta vi è luogo ad un possesso manutenibile da parte del privato.*

224. Dallo sviluppo dei principî fatto precedentemente, parmi potersi desumere un corollario conseguente, il quale diventa esso stesso un principio importantissimo e regolatore di tutte le quistioni relative alla competenza sulle azioni possessorie. Io dico adunque, che quante volte l'individuo si trovi nei termini e nelle condizioni di un possesso provvisoriamente manutenibile, sia perchè la cosa controversa non abbia in sè stessa verun carattere specifico esterno e visibile della sua pubblicità, sia perchè, avendolo, sievi un titolo giustificante il possesso, allora la competenza sulla corrispondente azione possessoria non può essere che del giudice civile ordinario. In tanto il possesso conferisce il dritto della provvisoria manutenzione, in quanto presenta la presunzione di legittimità: ora

il dire che un possesso è *presuntivamente* legittimo, equivale al dire che la cosa è *presuntivamente* di dominio privato, ossia di privata appartenenza. Queste due idee, queste due presunzioni, come ho notato, si compenetrano così intimamente, che deggiono considerarsi come una sola raffigurata sotto due aspetti. E però, fino a che dura l'impero di questa presunzione di privata appartenenza della cosa, è incontrastabile che sia competente il giudice civile ordinario, appunto perchè la contesa versa sopra una cosa che si presume *privata*. E questa presunzione debbe esercitare tutta la sua forza fino al giudizio petitorio, ossia fino a che non si faccia una pruova, che togliendo la qualità privata della cosa, ne dimostri la pubblicità.

225. Questo principio fondamentale e direttivo della competenza parmi della massima importanza, perchè non è solamente poggiato sulla ragione pura del dritto, ma è anche giustificato da alte considerazioni di ordine e d'interesse pubblico. Se in massima dee considerarsi come giusto il principio di tutelare le cose pubbliche, e mantenerle incolumi ed inviolate da qualunque attentato, da qualunque usurpazione individuale, ancorchè si rivesta e si faccia scudo dello scorrere del tempo; un tal principio però dee piegare innanzi all'altro, che il possesso individuale, il quale presenta una presunzione di legittimità, debb'esser garentito e protetto dalla legge, perchè esso è l'indizio necessario, perpetuo e naturale della proprietà. Non dee dimenticarsi, che nel garentirlo, la legge viene a garentire la stessa proprietà, ch'è la base fondamentale, come ho detto, su cui poggiano tutte le istituzioni civili e politiche dello stato; che il possesso, il quale trovasi nei termini legali di una provvisoria manutenzione, facendo *presumere* la esistenza di un dritto di proprietà, non può esser giudicato che dal potere ordinario, sotto la cui egida tutelare dee stare la protezione dei dritti di proprietà individuale. Ecco perchè parmi profondamente razionale la giurisprudenza del Consiglio di Stato in Francia, la quale per modo di regola sottrae le azioni possessorie dalla

competenza amministrativa; e ciò appunto perchè la quistione del possesso non pregiudica, nè lede mai la quistione della proprietà.

## §. CIII.

*Questo principio è consecrato dalla giurisprudenza francese.*

226. Un' ordinanza del Consiglio di Stato in Francia, emessa nel 19 decembre 1821, stabilisce la massima che il conflitto non può mai essere elevato contro una sentenza, la quale non fa altro che pronunziare sopra un' azione possessoria, senza pregiudicare il merito. Eccone la specie.

227. Un arresto del consiglio superiore della Guadalupa, pronunziato in grado di appello, ordinò una pruova per dimostrare l'esistenza di dritti reclamati dagli eredi Picou, sopra un terreno che l' amministrazione avea conceduto a Grassier, come faciente parte del demanio pubblico. Il governatore della colonia elevò il conflitto, sul motivo che l' arresto del consiglio tendeva ad impedir l' effetto di atti amministrativi anteriori, i quali aveano riunito al demanio quel terreno. Il ministro della marina opinò che quel conflitto non era fondato, per la ragioue « che l' arresto del consiglio non avea per iscopo che di pronunziare *sopra un'azione possessoria*; esso non disponeva neppure che interlocutoriamente, perciocchè ordinava soltanto una pruova per dimostrare il *possesso* eccepito dagli eredi Picou. Una tale pruova nulla pregiudicava nel merito, ecc. » — Dietro un tale avviso, ecco come pronunziava il Consiglio di Stato: — « Vista l'ordinanza di conflitto fatta dal Governatore della Guadalu- » pa in una contestazione tra gli eredi Picou e Grassier, relativa- » mente al possesso annale di un terreno, di cui il detto Grassier » si pretende proprietario; — Visto l' arresto del consiglio superio- » re della Guadalupa, che ha ordinata una pruova per dimostrare » il possesso annale articolato dagli eredi Picou; — Visto il rap- » porto del nostro ministro della marina; ecc. — Considerando,

» nella specie, che il Consiglio superiore della Guadalupa *si è li-*
» *mitato a pronunziare sopra un' azione possessoria*, e che la sua
» sentenza non pregiudica nè la competenza, nè il merito; che
» quindi il conflitto è male elevato: — Art. 1. L' ordinanza di con-
» flitto del 31 agosto 1819, è annullata, ecc. »

228. Lo stesso principio poi, in ordine alle azioni possessorie, è stato proclamato da un' altra ordinanza emessa nello stesso senso, nel 20 febbraio 1822 ( Mouton ) (1).

(1) Iournal du Palais, *Jurisp. Administ.*, anni 1821, e 1822.

# TITOLO TERZO

## DELLE ACQUE PUBBLICHE E DELLA CORRISPONDENTE COMPETENZA AMMINISTRATIVA.

---

## CAPO PRIMO

### CARATTERI CHE DISTINGUONO LE ACQUE PUBBLICHE E LE PRIVATE

§. *CIV.* — *Principio razionale su cui poggia la necessità del carattere pubblico delle acque correnti in generale.*

§. *CV.* — *Quali corsi di acqua eran pubblici per dritto romano e quali i privati,*

§. *CVI.* — *Modificazioni introdotte dal dritto intermedio.* — *Costituzione di Federico Barbarossa.*

§. *CVII.* — *Il dritto novissimo fece ritorno al sistema del dritto romano. Legge del 2 agosto 1806.*

§. *CVIII.* — *Le leggi civili parlano dei soli fiumi navigabili o atti a trasporto.* — Quid *dei confluenti dei navigabili?*

§. *CIX.* — Quid *delle sorgenti dei fiumi navigabili che nascono in fondi privati?*

§. *CX.* — *Il Codice civile tace sulla qualità degli altri fiumi non navigabili, nè atti a trasporto. Principio di economia che rende necessaria la loro pubblicità.*

§. *CXI.* — *Giurisprudenza francese ed opinione del Romagnosi. Osservazione importante del Giovanetti.*

§. *CXII. — Argomenti diretti, che si traggono dal testo della Circolare del 1809.*

§. *CXIII. — Altra Circolare del 1840, dilucidativa della prima.*

§. *CXIV. — Altra Circolare del 28 aprile 1841.*

§. *CXV. — Disposizioni delle leggi civili intorno alla qualità pubblica dei letti dei fiumi non navigabili, nè atti a trasporto, che confermano la pubblicità di queste correnti.*

§. *CXVI. — Giurisprudenza amministrativa.*

§. *CXVII. — Caratteri dei corsi di acqua privata.*

§. *CXVIII, — Effetto della nuova legge sul dritto di proprietà anteriormente acquistato su i corsi di acqua ora pubblica.*

§. *CXIX. — Reassunto della teorica.*

## §. CIV.

*Principio razionale su cui poggia la necessità del carattere pubblico delle acque correnti in generale.*

229. L' acqua , creata dalla natura a benefizio dell' universale degli uomini , non poteva soggiacere al monopolio di qualche individuo privilegiato; e però lo stato, questo supremo mallevadore del dritto e della sua effettuazione, non avrebbe potuto abbandonare all' egoismo individuale un tale elemento fecondatore della terra e dei suoi prodotti , questo potente motore di ogni industria sociale. Elemento primitivo , necessario, indispensabile per la vita ed i bisogni degli uomini e degli animali , al pari dell' aria e della luce ; rapido , mobile , fuggevole per sua intrinseca natura , si sottrae al diritto di proprietà esclusiva e privilegiata: ond' è che dalla legge romana l' acqua corrente , *aqua profluens* , ragguardata come sostanza individua ed indipendente dal terreno su cui scorre , fu annoverata tra le cose rimaste nella comunione universale , altrimenti detta *comunione negativa.*

230. Questa sua intima essenza , questo indispensabile rapporto che essa ha coi bisogni primitivi ed assoluti dalla specie umana, è il titolo di ragione e di dritto su cui la legge fonda il dominio eminente dello stato su i corsi d' acqua perenni , a fine di regolarne gli usi godevoli , nel senso da contemperare il dritto di ciascuno con l' esercizio inviolato del dritto degli altri. Nell' ordine dell'economia generale, scriveva il Proudhon (1), le acque sono sì intimamente legate con gl' interessi dello stato , sia sotto il rapporto dell' utilità pubblica e privata , sia sotto il rispetto della salute pubblica, che debbono rimanere essenzialmente nel dominio della legge.— È per questo principio razionale , che alle acque correnti in gene-

(1) Traitè du Domaine public., t. 2 , cap. 2 , §. 943.

rale viene attribuito il carattere di cose *pubbliche*, esenti perciò da ogni individuale appropriazione: la moltiplicità dei varî servigi di utilità generale cui esse son destinate, ne han fatto dichiarare l'appartenenza alla personalità astratta del Demanio pubblico, nella quale la legge figura il dominio eminente di tutte le cose non suscettive di privata proprietà.

## §. CV.

### *Quali corsi d' acqua eran pubblici per dritto romano e quali i privati.*

231. Fu per questo principio di ragione naturale, che la legislazione romana, considerando l'acqua del fiume come un sol tutto con l' alveo e le ripe, la dichiarò nell' appropriazione comune dell' universalità del popolo. Ond' è che Grozio disse: *Sic flumen proprium est populi cujus intra fines fluit, vel ejus in cujus ditione est populus .... at idem flumen, qua aqua profluens vocatur, comune mansit (1).*

232. Se non che, il dritto romano distinse i fiumi in pubblici e privati, e ne determinò con precisione i caratteri distintivi. Come pubblici erano ritenuti tutti quelli il cui corso era perenne, o che tali erano ritenuti per l' abbondanza delle loro acque, o pel giudizio e per la opinione comune degli abitanti circumvicini: *Publicum flumen est Cassius definit quod perenne est* ( l, 1, §. 2. 3 ff. *de flum.* ) — *Flumen a rivo magnitudine discernendum est, aut existimatione circumcolentium* ( l. 1, ff. *de flum.* ) — *Flumina autem omnia et portus publica sunt* ( §. 2. Inst. *de rer. div. et acquir. rer. dom.* ). Nè solamente eran pubblici i soli fiumi navigabili, ma anche tutti i confluenti, cioè tutti quelli i quali con la loro riunione rendevano altri navigabili, o fossero stati atti a

(1) *De jure belli ac pacis* lib. 2, Cap. 2, §. 12.

qualunque uso pubblico. Tutti adunque questi fiumi erano reputati proprietà o cose pubbliche, poste perciò nel dominio eminente del sommo imperante, in guisa che per tutti era accordato il beneficio dell' interdetto: *Pertinet autem interdictum ad flumina publica, sive navigabilia sunt, sive non sunt* ( l. 1, §. 2, ff. *ne quid in flum. pub.* — l. 7. ff. *de flum.* — l. 10. ff. *de aq. et pluv. arc.* ).

233. Fiumi privati poi, ossia torrenti, dicevansi propriamente quelli che si seccano nella state; per modo che, considerati come parte del suolo ove sorgono, o per ove trascorrono, furono dichiarati di pertinenza dei proprietari del suolo medesimo. Onde il Voet ha fatto ben rilevare questo carattere distintivo, dicendo: *Est autem flumen vel publicum vel privatum; publicum, quod perenniter fluit ac ad totum populum pertinet; privatum, aestate exarescit, et in privato dominio (1).*

234. Fa dunque meraviglia il vedere, che il Romagnosi, nel suo profondo trattato sulla *Condotta delle acque*, abbia accusata la legislazione romana di poca precisione nel determinare i caratteri dei fiumi pubblici dai privati, mentre con tanta nitidezza furono enunciati dalle citate leggi ( V. §. 8 ).

## §. CVI.

### *Modificazioni introdotte dal dritto intermedio. Costituzione di Federico Barbarossa.*

235. Ma il dritto intermedio apportò capitali innovazioni sì nel dritto, che nella qualità e natura dei fiumi. I nuovi e vigorosi elementi coi quali il sistema feudale cercò ricostruire e ricomporre l'ordinamento sociale dopo la divisione dell' impero, fecero entrare, come ho notato, la proprietà in un periodo tutto aristocratico e privilegiato: tutte le istituzioni civili e politiche, tutta quanta la le-

(1) *Ad Pand. de flum.* n. 8.

gislazione tendeva a mantener raccolta e compatta la proprietà nell' ordine feudale, con vincoli reali e personali d' ogni maniera. Il principio fondamentale di quel sistema fu la qualità patrimoniale delle terre infeudate, in forza della quale tutto il territorio, e tutte le cose e le persone in esso comprese, entravano sotto il dominio del signore: anche le acque fecero parte di questi vasti patrimonî, su i quali i signori esercitavano imperio e giurisdizione.

236. Questo sistema, il quale nel fatto sminuzzava in tanti poteri locali ed indipendenti quella sovranità che, in dritto ed in astratto, riconoscevasi derivare e risedere unica ed indivisibile nel capo dello stato, rendeva incerti e mal diffiniti i dritti del Principato. E quando i feudi, che sulle prime eran revocabili ad *libitum* del concedente, diventarono poscia un patrimonio ereditario, crebbe oltre misura la potenza feudale, ed i feudatarî raccolsero nelle loro mani e la giurisdizione e la proprietà e l'uso dei fiumi.

237. Ond' è che Federico Barbarossa, con la sua costituzione *de Regalibus*, promulgata dopo la dieta di Roncaglia allorchè scese in Italia, fu il primo che reintegrasse alla corona i diritti usurpati e delineasse i limiti che separavano le appartenenze del Principato da quelle dei signori feudali. Con essa egli enumerò buona parte dei dritti *regali*, fra i quali, oltre le armandie, le vie pubbliche, i porti, ecc., allogò anche i fiumi navigabili e quelli che rendono un altro navigabile. Di quì la distinzione introdotta dalla giurisprudenza del tempo tra le regalie maggiori e le minori, le prime intrinseche alla corona, inseparabili ed imprescrittibili, le seconde alienabili e soggette a prescrizione. È indubitato che tra le prime vennero annoverati i fiumi navigabili e i loro confluenti: in quanto poi agli altri fiumi che tali non fossero, sebbene molti autori li abbiano annoverati anche tra le regalie. come il Montano (1), l'Afflitto (2), il Maffei (3), pur non di meno altri non li considerano co-

(1) *Ad Cap. flum. nav.* n. 4.

(2) Decis. 386.

(3) Inst. *jur. civ. pars prima* f. 248.

me regalie, siccome si ravvisa da quelle parole del Gotofredo (1); *Si igitur flumina recte in mare fluunt, nec ipsa navigabilia sunt, sive in aliud quidem flumen ingrediantur, sed sine eo effectu ut illud navigabile reddant, non pertinent ad regalia.* Ma checchè sia di tali opposte opinioni, non può revocarsi in dubbio, che nel fatto tali fiumi ricaddero sia sotto l' eminente dominio dei baroni, sia nel demanio regio, secondo che i terreni pei quali fluivano fossero stati infeudati, o fossero rimasti di libera appartenenza del Principato.

## §. CVII.

*Il dritto novissimo fece ritorno al sistema del dritto romano. Legge del 2 agosto 1806.*

238. Ma il dritto novissimo, nel raccogliere e concentrare nel Principato tutte le parti scisse dei poteri locali, sciolse la proprietà in genere da tutti quei vincoli che la teneano raccolta negli ordini privilegiati; e però le acque ritornarono ad essere rette dall' antico sistema della legislazione romana, uniforme ai principî di ragion civile.

239. Questo nuovo vigore che acquistò la legge romana in ordine alle acque, ben fu avvertito e fatto notare dagli scrittori del dritto. Fra essi così si esprime il Troplong (2): « La feudalità, io » dico, avea investito quei piccoli *suzerains* del dritto di alta giu» stizia, attributo della loro quasi-sovranità; e come un tal dirit» to traeva seco delle spese, i signori aveano dotato il loro fisco di » taluni emolumenti, che davan loro abilità di farvi fronte. Fra que» sti emolumenti trovavansi la proprietà e la polizia dei piccoli cor» si d' acqua. Ma quando la centralizzazione ebbe reagito, dopo lun-

(1) Lib. 2. *Feud.* tit. VI. *quae sint regaliae N. a.*

(2) *Sur la prescrip.* Cap. 1, *disposit. gen.* art. 2226, n. 145.

» ghi anni di lotta e di sforzi, contro lo spirito locale; quando essa » ebbe proclamato l' unità del potere come conseguenza dell' unità » del territorio, operata a poco a poco dalla saggezza dei re, la » giustizia uscì dallo stretto confine delle signorie; essa rîsalì ad » una sorgente più alta; divenne l' attributo necessario della gran- » de sovranità nazionale, una ed indivisibile; e per una conseguen- » za che colpisce per la sua evidenza, vi apportò i lucri necessarî » di cui era stata investita nelle mani dei signori. La centralizza- » zione la raccolse col retaggio di tutto ciò che aveala seguita men- » tre era rimasta nello stato di sminuzzamento. Da quel punto il » *dritto romano* sulla proprietà delle piccole riviere fu in qualche » modo risuscitato da questa rivoluzione. Si potè dire con lui, *flu-* » *mina autem omnia publica sunt* ».

240. Or questa, che fu la deduzione necessaria fatta rilevare dagli scrittori francesi, è stata per noi una testuale ed espressa disposizione contenuta nella legge transitoria del 2 agosto 1806, abolitiva della feudalità e dei suoi dritti conseguenti. Ecco le parole degli articoli i quali richiamano in vigore il dritto romano:

« Art. 8. I fiumi, abolito qualunque dritto feudale, rimangono di *proprietà pubblica*, e l' uso di essi dovrà essere regolato secondo gli stabilimenti del *dritto romano*.

« Art. 9. Saranno conservate, come beni burgensatici, tutte le macchine idrauliche dei molini, trappeti, valchiere, cartiere, ferriere, tintiere, ramiere e simili, che si posseggono animate dai fiumi pubblici; non escluse le fabbriche, acquedotti, e le altre opere manofatte per servizio delle stesse macchine.

« Art. 10. Nei fiumi pubblici potrà ognuno, come anche nelle loro ripe, costruirvi scafe, ponti ed altra qualunque opera, dopo che ne avrà ottenuta da noi, o dai magistrati che destineremo, la licenza, la quale si concederà subito che si conosca di recare utile al pubblico, e di non nuocere ai dritti dei privati.

« Art. 11. Sarà praticato lo stesso sistema per tutti coloro che vogliano deviare le acque dai fiumi pubblici, per irrigazione ed altri usi di utile pubblico, senza danno dei privati ».

## §. CVIII.

*Le leggi civili parlano dei soli fiumi navigabili o atti a trasporto.* — Quid *dei confluenti dei navigabili?*

241. Importantissime sono le disposizioni di questa legge, perciocchè sebbene abbia essa un carattere generalmente transitorio, pur non di meno ha fermato un principio, il quale non dee perdersi di veduta nel risolvere tutte le quistioni che possono elevarsi in punto di acque, cioè che il dritto romano abbia ripigliato il suo vigore sulla materia; tal che, ad esso debbasi far capo in tutt' i casi nei quali è silenziosa la nostra legge. Non si trasandi questa osservazione, la quale, inavvertita, è stata cagione di una discrepanza di opinioni circa la proprietà dei fiumi, perciocchè il silenzio delle nostre leggi su i fiumi non navigabili, è stato invocato come l' argomento più valido per sostenerne la qualità privata.

242. Tre specie di corsi d' acqua distinguono le nostre leggi, cioè i navigabili o atti a trasporto, i fiumi non navigabili, e le sorgenti. In quanto ai navigabili o atti al trasporto, il nostro Codice, a simiglianza del francese, li dichiara formalmente di pertinenza del *Demanio pubblico* nell' art. 463 ll. cc. In questa loro qualità, essendo destinati agli usi di tutti, inalienabili ed imprescrittibili, ne segue che il possesso anche di lunghissimo tempo non potrebbe mai tramutarne la natura, e farli dichiarare di dominio privato. Dal che emerge, che gli edifizî e qualunque opera edificata nel letto o sulle ripe, non possono durare che precariamente e di fatto a fronte dello stato: ed anche nel caso che fossero stati autorizzati dal governo, o fossero poggiati sopra un titolo di concessione, ciò non costituirebbe a favore dei concessionarî un titolo irrevocabile. Il governo, in vista dell' utilità pubblica, può sempre revocar la concessione, col carico della giusta e preventiva indennità, a simiglianza di ogni espropriazione per un oggetto pubblico.

243. Ma se pubblici essenzialmente sono i fiumi navigabili o atti a trasporto, che si dirà poi di quegli altri che vi confluiscono, ma che non abbiano per sè medesimi la stessa qualità? — Quì il dritto romano ed un principio di ragione risolvono nitidamente questo dubbio.

244. In effetti, secondo le leggi romane si considerava pubblica non solamente una corrente di acqua navigabile, ma anche i suoi confluenti, vale a dire, qualunque altra corrente la quale, benchè in sè stessa non navigabile, pure col suo soccorso rendesse tale un' altra. *Aut navigabile, aut ex eo navigabile fit*, diceva la legge seconda ff. *de flum.* Al che soggiunge il Gotofredo, *id est per immediatam ejus adjunctionem.*

245. Il qual principio fu anche riconosciuto dal dritto intermedio, giacchè in forza della mentovata costituzione *de regalibus*, promulgata da Federico Barbarossa, furono dichiarati regalie supreme del Principato anche quei fiumi che confluivano nei navigabili: *Regalia sunt .... flumina navigabilia et ex quibus navigabilia sunt.* Questa disposizione di dritto intermedio rileva quanto fosse necessario e razionale che i confluenti partecipassero della medesima natura dei navigabili, perocchè anche in tempi nei quali tutto soggiacque al dominio della signoria feudale, ne vennero essi eccettuati, e dichiarati in vece regalia maggiore, inalienabile ed imprescrittibile. Ed in effetti, è evidente che con la diversione di una corrente non navigabile, la quale, immettendosi in un' altra, la renda navigabile, si nuocerebbe o si distruggerebbe la destinazione di navigabilità, perchè si diminuirebbe il volume delle acque. È indispensabile adunque che il confluente partecipi della medesima natura della corrente principale, e sia quindi sottoposto alle medesime conseguenze giuridiche, che vedremo derivare dal carattere di navigabilità impresso ad un fiume.

## §. CIX.

### Quid *delle sorgenti dei fiumi navigabili che nascono in fondi privati?*

246. Ma se ciò è indubitato pei confluenti, varrà poi il medesimo principio per le sorgenti dei fiumi navigabili, che abbiano la loro scaturigine in fondi di privata appartenenza? Qui bisogna conciliare il principio ora enunciato con l' altro contenuto nell' art. 563 delle leggi civili.

247. È al certo una verità generalmente ed unanimamente riconosciuta, che l' acqua la quale abbia la sua sorgente in un fondo di proprietà privata, faccia parte della proprietà di questo fondo medesimo, in forza del principio che chi ha la superficie del suolo, ha ancora la parte superiore e la parte sottoposta. È in virtù di questo principio, che il mentovato art. 563 dichiara, che il proprietario nel cui fondo scaturisce una sorgente, possa usarne ad arbitrio. Questa dichiarazione è generale; e posto che la legge non fa veruna distinzione, nè limitazione, è chiaro che un tal diritto è conceduto tanto se si tratti di una sorgente naturale o artificiale, tanto se si tratti di fiumi navigabili o pur no.

248. Ma l' acqua non può confondersi con quelle cose le quali possono essere suscettive di un' appropriazione assoluta ed esclusiva: ciò è tanto vero, che se la coscienza universale qualifica come furto l' atto di cibarsi o cogliere i frutti nei fondi altrui, non riprova nella stessa guisa il fatto di dissetarsi all' altrui fonte. Il dritto di proprietà sull'acqua, sia per le leggi romane, sia per le nostre, non si riduce in realtà che ad un dritto di *uso* della sorgente: e per quanto illimitata si possa concepir questa facoltà del proprietario del fondo, essa non è altro che la semplice facoltà di *usare* dell'acqua in tutta la sua estensione per sè medesimo e per la propria utilità, ma non mai di abusarne *in perniciem rei*, come osserva bene

il Proudhon (1): perciocchè, essendo essenzialmente inerente al dritto di uso l'obbligo di conservar la cosa, non sarebbe concepibile come mai potrebb' esser lecito all' usuario di distruggerla, senza alcuna utilità per sè stesso. È per ciò che la legge si è studiata di adoperare un linguaggio, il quale rendesse manifesta la vera natura del dritto competente al proprietario, perciocchè non ha essa detto ch'egli abbia la *proprietà* dell' acqua, ma solo che possa *usarne ad arbitrio*. E questo arbitrio medesimo è circoscritto dalla stessa legge, la quale ne limita l' uso per quei dritti che possono avere sì i proprietari inferiori, sia un comune.

249. Se ciò è indubitato, ripugnerebbe poi alla ragione ed all' intima natura del dritto di uso conceduto dalla legge, il supporre che il proprietario della sorgente, allorchè trattasi di un fiume navigabile o atto a trasporto, potesse avere un arbitrio tanto illimitato, da sviare le acque e distruggere di sua propria autorità e col suo proprio fatto la destinazione pubblica di navigazione o di trasporto, che lo stato ha impresso ad un fiume. Se la legge vieta che nei fiumi navigabili si possano operare deviazioni di acqua senza la concessione speciale del governo, e ciò appunto perchè non si rechi nocumento alla loro destinazione; come mai potrebbe presumersi che abbia voluto dar tanto arbitrio ad un privato, di distruggerla dalla sua origine, e disperderne le acque in una voragine, o mutarne la direzione ed il corso?

250. Ciò è tanto contrario alla ragione, che tutti gli scrittori di dritto non han dubitato un solo istante, dovere intendersi in questo senso limitata la potestà e l' arbitrio del possessore della sorgente. Delvincourt (2) parlando del dritto del proprietario della sorgente, il quale può usarne ad arbitrio, e come stima utile ai suoi interessi, limita questo dritto dicendo: « ma egli non ha questo » dritto, se non quando una tale sorgente non dia nascimento ad

(1) Op. cit. t. 2, p. 197.

(2) Cor. di Dr. civ. t. 1, p. 156 n. 11 p. 39.

» un' acqua faciente parte del demanio pubblico ». E Merlin (1), dice lo stesso con le seguenti parole : « Non vi è eccezione su tal » punto, se non per coloro nei cui fondi prendono la loro sorgen- » te delle riviere non navigabili, e che ai termini dell' art. 641 » del Codice civile possono ritenerne e dirigerne le acque a loro gra- » do, sino a che non sieno uscite dai loro stessi fondi ».

251. È evidentissimo adunque, che il dritto di proprietà del possessore non è altro che un dritto di *uso*, e non già di *abuso*, e che il suo arbitrio non possa estendersi sino al punto di disperdere le acque nelle voragini, o deviarle dal loro corso naturale, allorquando queste danno origine ad un fiume pubblico e di pertinenza del pubblico demanio.

## §. CX.

### *Il Codice tace sulla qualità degli altri fiumi non navigabili nè atti a trasporto. Principio di economia che rende necessaria la loro pubblicità.*

252. Le nostre leggi, al pari del Codice francese, non han determinato a chi si appartenesse la proprietà dei fiumi non navigabili. Un tal silenzio, come ho detto, è stato invocato come il palladio della loro qualità privata, ed ha aperto un vastissimo campo, specialmente in Francia, alle quistioni degli scrittori sul proposito, alcuni sostenendo la loro demanialità, altri parteggiando pei proprietarî confinanti. La giurisprudenza sembra essersi colá diffinitivamente pronunziata in questo secondo senso. — Ma una tale quistione non parmi che si possa risolvere così leggermente, ed è poi della più alta importanza per noi, il cui territorio è traversato da fiumi, la maggior parte dei quali mancano della qualità navigabile o atta a trasporto.

(1) Rep. t. 17. *Rivière* p. 541.

253. L'art. 463 delle nostre leggi civili, il quale ha dichiarato pertinenze del Demanio i fiumi navigabili o inservienti al trasporto, non ha enunciato in modo *tassativo* tutte le cose che appartengono al pubblico demanio, ma quelle soltanto che per la loro importanza sociale meritavano una indicazione speciale; e tutte le altre sono state compendiate in quella formola generica « *e generalmente tutte le parti del territorio del regno non suscettive di proprietà privata* ».

254. Risulta quindi evidentissimo dal testo di questo articolo, che vi sono altre pertinenze del demanio pubblico, le quali non si trovano in esso enunciate. Da ciò non potrebbesi certamente trarre un argomento ineluttabile per dimostrare la demanialità dei fiumi non navigabili; ma è certo però d' altra parte, che se questo articolo non contiene una pruova diretta della loro demanialità, esso però nulla prova a favore della loro qualità privata. È forza adunque attingere da altre fonti la risoluzione di un simile dubbio.

255. Io dico adunque, che prescindendo da qualunque altra considerazione di dritto, e prescindendo ancora dalla testuale dichiarazione della legge del 2 agosto 1806 abolitiva della feudalità, ed innanzi trascritta, un principio di economia pubblica e sociale dimostra la necessità di fare attribuire la qualità pubblica ai fiumi non navigabili. Avendo la legge conceduto ai proprietarî delle terre l'uso e gli utili delle acque correnti, coll' attribuirne poi ad essi anche la proprietà, non solamente non si concederebbe loro alcun altro vantaggio, ma invece gravissimi sarebbero i danni che nell'interesse sociale ne procederebbero. — Ed in effetti, a due massimi e capitali servigi pubblici son deputate le acque; alla navigabilità, ed a comunicare impulso e movimento alle industrie. Ora, non tutt' i fiumi navigabili sono l'opera della natura; riunendo con mezzi artificiali quei piccoli corsi d' acqua, i quali per sè medesimi non sono punto atti alla navigazione, gli stati aprono nuove vie di traffico, che ravvicinando i centri di produzione a quelli di consumazione, fecondano l' attività creatrice sì dell' una che dell' al-

tra, ed aumentano potentemente gli elementi della ricchezza sociale.

256. In oltre, i fiumi, ove fossero abbandonati al loro corso naturale, invaderebbero col loro impeto e coi loro possibili sversamenti vasti terreni, con danno manifestissimo dell' agricoltura. Lo stato provvede appunto all' opera di restringerli e confinarli in limiti più angusti, per restituire alla salubrità ed alla industria gran parte di terre divenute malsane ed improduttive.

257. Da ultimo, i sistemi di generale irrigazione sono indubitatamente i mezzi più efficaci per moltiplicare il valore produttivo delle terre e migliorare l' agricoltura e le sue industrie affini.

258. Ora tutte queste opere di sì incalcolabile utilità sociale riuscirebbero impossibili, ove i fiumi in generale non fossero una pertinenza del pubblico demanio; perciocchè, non potrebbe lo stato imprenderle e mandarle ad effetto senza espropriarli a causa di utilità pubblica, e pagarne il valore ai proprietarî confinanti. Chi non comprende che a questa condizione lo stato sarebbe costretto a trascurarle? E potrebbesi mai supporre che dopo aver conceduto ai ripuarî tutti gli utili dei fiumi non navigabili, si avesse voluto poi concederne ad essi anche la proprietà, per rendere se non impossibili, almeno sommamente difficoltose tali opere di generale utilità?

## CXI.

### *Giurisprudenza francese ed opinione del Romagnosi. Osservazioni importanti del Giovanetti.*

259. Se non che, come ho notato, la giurisprudenza francese senza tener conto di un' osservazione di così alta importanza sociale, si è arrestata unicamente alla locuzione dell' art. 463, e non trovando in esso enunciati che i soli fiumi navigabili o atti a trasporto, ha creduto per ciò appunto che una tale enunciazione im-

portasse necessariamente l' esclusione degli altri fiumi ; e si è quindi pronunziata per la proprietà privata di quelli non navigabili. E questa opinione , la quale è seguìta dalla maggior parte degli scrittori francesi , è poi abbracciata anche ciecamente dal Romagnosi. Egli nella mentovata sua opera (1) , senza porre neppure ad esame una tale quistione , parte dal principio che il Codice Napoleone non riconosca altre acque pubbliche se non le sole navigabili o atte a trasporto , e quindi accetta senza veruna discussione l' avviso di coloro , i quali non riconoscono la demanialità delle altre.

260. Intanto , nella stessa Francia , sentendosi già da lunga pezza il bisogno di un sistema di generale irrigazione , si propose all' uopo , or sono alcuni anni , una legge apposita , la quale , perchè compenetravasi appunto con la quistione sulla proprietà dei fiumi non navigabili , incontrò gravissimi ostacoli nell' interesse privato dei proprietarî ripuarî. Fu in tale occasione che Giacomo Giovanetti di Novara , giureconsulto italiano meritamente celebre nella scienza e giurisprudenza delle acque , venne incaricato dal Governo Francese nel 1844 di compilare un progetto sul regime della irrigazione. Notevolissima è una sua osservazione che quivi si legge sul nocumento di questa pretesa distinzione tra corsi di acque pubblici e privati. « Io vi raccomando , egli dice (2) , nell' inte-
» resse del vostro paese d' insistere fortemente perchè si abolisca
» la distinzione tra le acque navigabili e quelle non navigabili. Pro-
» fittate di quella idea sviluppata da Rives nell' opuscolo da lui pub-
» blicato ultimamente , cioè che gli autori del Codice Napoleone non
» hanno avuto intenzione di attribuire alla proprietà privata le ri-
» viere e corsi d' acqua non navigabili nè atti a trasporto. Se non
» abolite la distinzione di cui vi parlo , la vostra legge non pro-
» durrà alcuno dei vantaggi di cui noi godiamo. Meschini interes-
» si privati si leveranno ad ogni tratto per impedire i progressi

(1) Della Condotta delle acque , §. 43.

(2) *Du Régime des eaux* , Parigi 1844 , p. 178.

» dell' industria agricola e manifatturiera. L'acqua delle riviere non » navigabili nè atte a trasporto è d'una immensa importanza per » la irrigazione e per gli opifici industriali. Noi non abbiamo nes- » suna riviera navigabile ; e se il sistema francese fosse prevaluto, » se il principio dell' interesse del più gran numero non avesse tro- » vato grazia presso i nostri antichi governanti, le nostre campa- » gne non farebbero l' invidia e l' ammirazione degli stranieri: d'al- » tra parte, la linea che separa le riviere navigabili dalle non » navigabili è sì delicata, ch' essa dipende molto dall' azzardo e dal » capriccio ».

## §. CXII.

### *Argomenti diretti che si traggono dal testo della circolare del 1809.*

261. Ma, indipendentemente da questo argomento che si desume da un principio rigoroso di necessità e di utilità sociale, osservo, che la qualità pubblica dei fiumi non navigabili nè atti a trasporto, è tra noi desunta dal contesto e riavvicinamento di tutte le nostre leggi sul proposito. Ho già detto, che la legge del 1806 abolitiva della feudalità, richiamò in vigore le leggi romane, in forza delle quali ogni fiume, fosse navigabile o pur no, era ritenuto come pubblico. Or questa dichiarazione della citata legge, fu poi rifermata dalla circolare del 13 settembre 1809 tuttavia in vigore, le cui disposizioni sono di una tale importanza per risolvere moltiplici quistioni in punto di acque pubbliche, che stimo indispensabile quì riprodurne il testo.

262. » Diverse doglianze di comuni, e di particolari cittadini, i » quali provano tuttavia le antiche difficoltà nella costruzione dei mo- » lini, mi hanno obbligato a prender conto de'motivi che hanno finora » ritardato l'esecuzione di quella parte della legge abolitiva della feu- » dalità, la quale ha distrutto le privative, ed ha renduto l'uso del-

» le acque libero e comune. Ho quindi rilevato, che due ragioni con-
» corrono a mantenere gli effetti delle abolite privative. Una è l'in-
« teresse degli ex-baroni, i quali contendono con mezzi indiretti
» la costruzione delle nuove opere, l'altra è l'interpetrazione data
» a' regolamenti amministrativi intorno all'uso delle acque pubbliche.
» Entrambe queste cagioni sono l'una all'altra legate; perciocchè gli
» ex-baroni, non avendo essi abbastanza dritto per opporsi a quelli
» che fanno nuovi mulini, o altre simili macchine ad acqua, si gio-
» vano degl' impedimenti che nascono dalle istruzioni date agl' Inten-
» denti delle provincie sulle regole, colle quali possono i privati va-
» lersi delle pubbliche acque.

» Avendo messo sotto gli occhi del Re lo stato di questi abu-
» si, e la cattiva intelligenza che si dà ad una legge, alla quale
» Sua Maesta' veglia con tanta sollecitudine, mi ha comandato di
» dare, per una istruzione circolare, una tale spiegazione della leg-
» ge stessa, che si ottengano i due seguenti fini; 1. che si pre-
» vengano tutti gli equivoci d'interpetrazione, e tutt' i pretesti, che
» può dettare l'interesse di coloro che vogliono conservarsi nel pos-
» sesso delle antiche privative; 2. che, facendo salve le leggi ammi-
» nistrative le quali regolano l'uso delle acque riservate a' bisogni
» dello stato e della nazione, si lascino tutte le altre acque nella
» loro piena libertà, e si dia luogo alle disposizioni del dritto pri-
» vato per tutte le contese, che sorgano fra chi credono di avere
» il dritto di parteciparne.

» Soddisfacendo perciò a questi ordini, io discendo alle seguen-
» ti spiegazioni.

» 1. Le sole acque riservate all'ispezione del governo, e sot-
» toposte alle regole amministrative del dipartimento dell'interno, so-
» no, conformemente al disposto dell'art. 438 del codice Napoleone,
» quelle de' fiumi o navigabili, o atti al trasporto di zattere o di
» legnami. La derivazione di queste acque per qualunque privato
» bisogno è permessa, in quanto non noccia all'uso pubblico e ge-
» nerale. In conseguenza la costruzione delle macchine in tai fiu-

» mi , l' irrigazione , ed ogni altro uso privato o individuale delle » acque suddette, deve esser preceduto dal permesso degl' intendenti » delle provincie, e dalle verifiche contenute ne' regolamenti dati dal » ministro dell' interno.

» 2. La costruzione delle macchine in tutti gli altri fiumi non » navigabili o non capaci del trasporto di zattere , o di legnami, e » l' uso così delle loro acque come di tutte le acque non perenni , » non abbisogna del permesso della autorità pubblica, e non è sog- » getto ad altre restrizioni, se non a quelle del dritto privato. Que- » ste restrizioni si propongono solo di dirigere l' uso , e la distribu- » zione fra coloro che hanno il dritto di parteciparne, ed il garen- » tire il dritto di proprietà, che sulle medesime è permesso di ac- » quistare.

» 3. Tutte le contese che sorgono sull' uso delle acque sottopo- » ste alle regole del dritto privato, appartengono esclusivamente alle » nuove autorità giudiziarie. La facoltà di porre impedimenti alle nuo- » ve derivazioni di tali acque appartiene a que' soli, il cui diritto sia » stato violato.

» 4. Quando i corsi delle acque non navigabili , o non capaci » del trasporto di zattere, o di legnami tocchino l' interesse di una » o più popolazioni; che questo consista nell' uso delle acque, o che » riguardi il danno pubblico che potrebbe derivarne, sono anche ca- » paci di regolamenti amministrativi. Di tal natura sono i regola- » menti che dirigono l'irrigazione di una, o più contrade; quelli che » assicurano il corso regolare delle acque relativo alle chiuse, ed al- » le altezze delle suddette acque; gli altri che riguardano le disposi- » zioni tendenti a conservare , o a promuovere la sanità e la salu- » brità dell'aria. È sempre libero alle autorità amministrative il det- » tare tali regolamenti : ma che dove essi non esistono , la natura » delle acque non sottopone ad alcuna restrizione quelli che voglio- » no servirsene ne' termini del dritto comune.

» 5. Tutte le contravvenzioni a' regolamenti amministrativi sul » le acque non riservate all'uso dello stato e della nazione, sono di » competenza delle autorità giudiziarie.

» 6. In conseguenza di tutte le precedenti spiegazioni, i giudici » di pace, ed i tribunali civili delle provincie, secondo le regole » delle rispettive competenze, giudicheranno nella materia delle acque, » di tutte le contravvenzioni alle leggi del diritto privato ed a' rego- » lamenti. Essi pronunzieranno sull' applicazione di tutte le multe, » e delle pene imposte da' suddetti regolamenti.

» Gl' intendenti delle provincie, nelle contese nelle quali i loro » comuni sono interessati, avranno il dritto di eccitare i regi pro- » curatori, e le altre autorità giudiziarie all' applicazione delle mul- » te ed alla sollecita spedizione de' giudizi.

» 7. Le opere ad acqua de' privati, quando sono legittimamen- » te costrutte ne' fiumi navigabili o in quelli atti al trasporto di zat- » tere e di legnami, divengono proprietà private. In conseguenza » tutte le dispute di danno fra i vicini, o fra i diversi proprietari » delle suddette opere appartengono alle autorità giudiziarie. In tali » contese è vietato a quelli che disputano del proprio diritto il chia- » marvi l' intervento dell' autorità amministrativa. Le verifiche che » queste autorità potranno ordinare, per vedere se siasi costrutta « opera in fiumi navigabili, o atti al trasporto di zattere e di le- » gnami, non potranno mai cumularsi colla cognizione del danno, » che da' privati dee sperimentarsi innanzi alle autorità giudiziarie.

» 8. Tutte le opere ad acqua, o permesse dal giudice o non » contradette dalle parti, contengono la implicita obbligazione pe' pro- » prietari di rifare ai vicini il danno, quando questo nasca o per » abuso o per qualunque altro fatto che contenga loro colpa. È nel » dritto de' vicini, e de' proprietari di macchine già esistenti, il chie- » dere ai giudici che si sottopongano i padroni delle nuove opere ad » una sicurtà per lo danno che può avvenire. I giudici sottoporran- » no a questa condizione la costruzione delle nuove opere, quando » il pericolo sia fondato a giudizio di esperti.

» 9. Acciocchè gli antichi possessori di privative, e di acque » credute feudali non abusino della interpetrazione della parola dan- » no, e si eviti ogni erronea intelligenza della legge de' 2 agosto

» 1806, rimane dichiarato che gli ex-baroni sono costituiti relati-
» vamente alle loro antiche macchine nello stesso diritto di tutti gli
» altri privati , non avendo alcun riguardo del loro dritto antece-
» dente. Per conseguenza è vietato agli edificatori di nuove mac-
» chine il danneggiare quelle degli ex-baroni, e l'inferire loro qua-
» lunque di quelle servitù che violerebbero il diritto di ogni altro
» privato. Per lo contrario non è danno la diminuzione del lucro ,
» che gli ex-baroni soffrono dalla concorrenza di più macchine, nè
» la precedenza che i possessori dei fondi superiori possono prende-
» re nell'uso delle acque; purchè queste sieno restituite a quel cor-
» so che anima le macchine sottoposte.

» 10. Finalmente S. M. intende di confermare le precedenti
» risoluzioni, colle quali ha dichiarato le contese fra gli ex-baroni,
» e gli abitanti degli ex-feudi sull' uso delle acque, di competenza
» della commessione feudale per tutto il tempo che la suddetta com-
» messione impiegherà a terminare il lavoro che l' è assegnato.

» I signori procuratori generali, e procuratori regi, incarican-
» dosi delle ragioni che hanno determinato il Re ad ordinarmi la
» comunicazione di queste istruzioni, e dell' importanza che S. M.
» attacca alla loro osservanza, veglieranno con tutto il loro zelo la-
» l' esecuzione di esse; i signori procuratori regi presso i tribunali
» di prima istanza disporranno che ne sia fatta subito la partecì-
» pazione a tutte le autorità loro subordinate ; ed i signori inten-
» denti ne faranno seguire immediatamente la pubblicazione in tut-
» t' i comuni delle rispettive provincie.

## §. CXIII.

### *Altra circolare del 1840 dilucidativa della prima.*

263. Allo stesso obbietto dell' uso delle acque hanno pure rela-
zione le seguenti istruzioni, per la parte amministrativa , date dal
Ministero degli affari interni con circolare del dì 11 Novembre 1840.

264. » Le nostre *leggi civili* nel prescrivere al magistrato la nor-
» ma nel darsi giudizio sulle quistioni, che insorgono per l'uso delle
» acque pubbliche, due cose raccomandano: 1. di conciliare l'inte-
» resse privato col vantaggio dell' agricoltura; 2. di rispettare i re-
» golamenti della pubblica amministrazione.

» Le leggi dell' amministrazione civile ancor esse tracciano i
» limiti, quando cioè debbano procedere i giudici dell' ordine giu-
» diziario, e quando quelli del potere amministrativo; quistione la
» quale, essendosi elevata in questi reali domini nell'epoca della pas-
» sata occupazione militare, fu risoluta con la circolare del Mini-
» stro di grazia e giustizia de' 13 settembre 1809, che è tuttavia
» in vigore, per essersi trovata consentanea a'principi del diritto co-
» mune, ed uniforme al modo di giudicare de' vecchi tribunali.

» È necessario ancora conoscersi, ciò che debba riguardarsi del-
» l' interesse pubblico nelle quistioni di simil natura, e quale sco-
» po il Sovrano legislatore debba prefiggersi nello statuire la mas-
» sima.

» Senza dubbio il primo è quello di conservare la salubrità del-
» l' aria della campagna, e perciò conviene evitarsi gli allagamen-
» ti, ed i ristagni, sia con far mantenere espurgati gli alvei dei
» fiumi, sia con regolare le derivazioni in modo, che rispettando il
» suolo degli alvei naturali, le costruzioni idrauliche vengano fatte
» *a regola d' arte.*

» Il secondo scopo è quello, che risguardandosi l' acqua come
» un elemento necessario alla vita degli uomini e degli animali, il
» di loro uso è comune a tutti, e non restrittivo ad alcuno; e quin-
» di per le leggi eversive della feudalità, e pel Real Decreto dei
» 19 dicembre 1838 debbano considerarsi aboliti tutti i dritti si-
» gnoriali rappresentati su' corsi delle acque, e nulle tutte le con-
» cessioni, che precedentemente si trovassero fatte. In terzo luo-
» go non deve omettersi il principale scopo, che si prefiggono le
» leggi, cioè del vantaggio dell' agricoltura, mercè la distribuzio-
» ne delle acque per la irrigazione delle terre.

» Dopo di tali premesse è facile di conoscere quali debbono » essere gli elementi da servire di base a' regolamenti della pub- » blica amministrazione in fatto d'acqua, e quali le norme da te- » nersi nella risoluzione delle quistioni relative a quest' oggetto.

» Ella quindi sulle norme di sopra indicate, tenendo presente » la circolare suddetta de' 13 settembre 1809, mi farà progetto de- » gli ordini da darsi generalmente a tutti i sindaci di cotesta pro- » vincia, onde aversi l'uniformità dei regolamenti per l' uso delle » acque pubbliche: a quale scopo le compiego copia delle basi di » un analogo regolamento, che fu comunicato a' 22 agosto 1832 » all' Intendente di Reggio. » — Firmato. N. Santangelo.

## §. CXIV.

### *Altra circolare del 28 aprile 1841.*

265. Questa terza ministeriale emessa dal Ministero degli affari interni, dispose nel seguente modo.

» Dal suo distinto rapporto de' 21 novembre scorso anno, col » quale trasmise un progetto di regolamento intorno all' uso delle » acque pubbliche in cotesta provincia, ho rilevato le difficoltà che » ella ha trovato tanto nelle pretensioni degli ex-feudatarî, quanto » nella erronea pratica de' tribunali, i quali si arrogano il diritto » di elevare i conflitti di giurisdizione, e per tal modo s' impadro- » niscono anche delle controversie che appartengono alla pubblica » amministrazione.

» A giudicare da quanto ella ha riferito, sembra che gli an- » tichi concessionarî delle acque non intendono riconoscere altra ec- » cezione limitativa dei loro diritti, se non quella scritta nell'art. » 463 delle *leggi civili*, a rispetto de' fiumi navigabili o atti a tra- » sporto; quasichè queste fossero le sole acque messe sotto la cu- » stodia della pubblica amministrazione. Per chiarire un tal equivo-

» co , e per bene stabilire le basi dell' anzidetto regolamento , de-
» sidero ch' ella s' incarichi delle seguenti osservazioni.

» L' art. 463 delle *leggi civili* per tanto parla de' soli fiumi na-
» vigabili o atti a trasporto , per quanto li considera come parti del
» territorio dello Stato , e però li assimila alle strade consolari, al-
» le rive del mare , alle spiagge , e a tutte le parti del territorio
» del regno. Le cennate acque differiscono dalle altre , solamente
» perchè sono costituite sotto l' immediata vigilanza del Governo ,
» il quale ne permette l' uso a' privati in quanto non noccia all'uso
» pubblico e generale. Da ciò segue che la facoltà di deviarle dai
» loro corsi , o di costruire in esse macchine di qualunque sorta ,
» debba nascere da una permissione ottenuta previe le verificazio-
» ni prescritte da generali regolamenti.

» Ma non sono queste le sole acque delle quali prende cura la
» pubblica amministrazione , nè sono le sole che possono dirsi pub-
» bliche, anche a senso delle stesse *leggi civili*. Imperciocchè, l'ar-
» ticolo 567 delle medesime, riconosce che ogni acqua, la quale ser-
» vir debba all' uso di più proprietarî , è di sua natura soggetta ai
» regolamenti particolari o locali che sieno. A prescindere dall' au-
» torità delle *leggi civili* , il diritto pubblico, del pari che le regole
» della pubblica economia , considerano come pubblici tutt' i corsi
» perenni delle acque , i quali , sebbene non possono dirsi naviga-
» bili o atti a trasporto , servono non pertanto all' uso di una o
» di più popolazioni. E per conseguente tali acque sono capaci di
» regolamenti amministrativi, così per l' eguale uso che di esse deb-
» ba farsi , come per lo danno che potrebbe derivare , sia da una
» parziale distribuzione , sia dalle irregolarità del corso loro.

» Di tal natura sono i regolamenti soliti a farsi per le irri-
» gazioni , per l' uso delle macchine idrauliche, e tutti quelli in ge-
» nerale che si prefiggono di assicurare il corso dell' acque fluenti,
» di renderle utili all' agricoltura e all' industria , e di evitare tut-
» to quello che possa nuocere alla salubrità dell' aria. Gli esposti
» principî , già enunciati nella mia circolare degli 11 novembre

» 1840, sono essenzialmente contenuti nello spirito, e nella lettera » delle leggi degli 11 e de' 12 dicembre 1816, e de' 21 e 25 mar- » zo 1817, che co' reali decreti de' 7 maggio e de' 19 dicembre » 1838 furono rendute comuni a cotesta parte de' reali domini. Per » la qual cosa qualunque sia l' interpretrazione, che per lo passato » gli antichi concessionarî delle acque han potuto dare alle clauso- » le delle rispettive concessioni, han queste perduta ogni efficacia » dopo la pubblicazione delle *leggi civili* e delle amministrative te- » stè citate.

» Determinata la qualità di acque pubbliche, per ogni acqua » perenne che scorra per lo territorio di uno o più comuni, e sta- » bilito il dritto della pubblica amministrazione per dirigerne il » corso e l' uso, niuno può ignorare che appartiene privativamen- » te all' autorità amministrativa il dettare i regolamenti atti a con- » seguire tutti i cennati fini. Egualmente certo è, che alla stessa » autorità amministrativa appartiene la facoltà di elevare i conflit- » ti di giurisdizione, e di sottoporli alla sovrana decisione.

» Che se da una parte possono i tribunali pronunziare libera- » mente la loro competenza, debbono dall' altra, elevato che sia il » conflitto, attendere le sovrane determinazioni.

» In conseguenza di tali spiegazioni, e di quelle contenute » nella precedente mia circolare degli 11 novembre, ella formerà » in Consiglio d' intendenza i progetti di regolamento pe' diversi cor- » si di acque pubbliche di cotesta provincia, li pubblicherà per ri- » cevere e discutere i gravami delle parti che si sentissero lese, e » pria di mandarli ad effetto, li rimetterà in questo Ministero per » l' approvazione.

» E quanto alle quistioni di giurisdizioni co' tribunali ordina- » ri, per le materie che sono di assoluta competenza dell'ammini- » strazione e del contenzioso amministrativo, ella dopo di aver ele- » vato il conflitto, giusta i reali decreti e le sovrane risoluzioni » in vigore, e dopo di averlo denunziato ai procuratori del Re pres- » so i rispettivi tribunali, acciocchè soprassedano da ogni ulteriore

» procedimonto, rimetterà le carte in questo Ministero per la so-» vrana decisione (1) ». N. SANTANGELO.

## §. CXV.

*Disposizioni delle leggi civili intorno alla qualità pubblica dei letti dei fiumi non navigabili nè atti a trasporto, che confermano la pubblicità di queste correnti.*

266. Nè dalle sole disposizioni ora riportate emerge il carattere pubblico dei fiumi non navigabili; ma anche da quegli articoli testuali delle nostre leggi civili, i quali parlano dell'appartenenza dei letti di questa specie di correnti. So bene che gli oppugnatori del sistema della pubblicità delle acque, fra i quali il Troplong, come ora vedremo, non credono che da sì fatti articoli si possa trarre veruna induzione o argomento a pro della demanialità; ma un brevissimo sviluppo dei principî mostra ch' essi sono di una efficace applicazione per dimostrarla.

267. In effetti, tre cose concorrono a costituire una corrente di acqua, cioè l' alveo o il letto, le ripe e l' acqua stessa: tutte e tre queste cose ne sono i costitutivi essenziali, per modo che dalla simultanea coesistenza di essi sorge il concetto della corrente. Ciò è tanto vero, che Blackstone, nel suo commentario sulle leggi inglesi (2), parlando della inesattezza del linguaggio legale, con cui si è costretto spesso a comprendere l'*acqua* nella significazione generale di *terra*, osserva che in tutte le azioni aventi per oggetto la revindicazione di un' acqua, in realtà non si agisce che

(1) Questa decisione si emette a proposizione del Ministero di grazia e giustizia e dopo avviso di una Commissione della Consulta - V. Il SUPPLEMENTO AL CODICE, *Leggi civili*, parte 1., lib. 2°, § 2°, pag. 416 e seg., ove trovansi riportate queste tre circolari.

(2) Tom. 2, lib. 2.

per la terra da cui l' acqua è coverta ; « perciocchè , egli dice , » l' acqua è un fluido mobile il quale , per le leggi della natura, » debbe avere un corso libero , ed a cui non si può presentare al- » cun ostacolo. Quindi è , che non si può aver su di essa, se non » un dritto di proprietà passaggiera, mobile ed usufruttuaria, vale a » dire che io ne traggo profitto sino a che risiede sul mio fondo, » ma quando essa dal mio stagno cola in quello del mio vicino , » non ho più alcun dritto nè pretensione su di essa. Ma atteso » che la terra la quale copre quest' acqua è fissa e permanente , » ho sopra di essa una proprietà reale , a cui la legge debbe aver » riguardo quando il caso lo richiegga ».

268. Adunque la quistione sulla proprietà delle acque si compenetra strettamente con quella della proprietà della terra sottostante , per modo che non potrebbe l' una aver qualità di *pubblica o di privata* , senza che l' altra non acquistasse lo stesso ed identico carattere : la qualità di *pubblico* o di *privato* debbe indispensabilmente estendersi a tutte le cose da cui risulta l' esistenza della corrente , appunto perchè tutte sono i suoi costitutivi essenziali. E però , ove certamente pubblica sia l' acqua , pubblico anche dovrà essere il letto su cui corre ; e per lo rovescio , se vi sono pruove che pubblico è l' alveo , pubblica del pari dovrà ritenersi la corrente , per quel legame necesssario tra l' uno e l' altra, il quale dee fare attribuire ad entrambi la medesima qualità.

269. È perciò che il dritto romano imprimeva la qualità pubblica alle ripe ed al letto di quelle correnti che pubbliche dichiarava. *Flumina publica quae fluunt, ripaeque eorum publicae sunt*, diceva la l. 2 ff. *de flum.* — E la l. 1 n. 7 ff. sotto lo stesso titolo , enunciava nitidamente questo principio dicendo: *Ille etiam alveus quem sibi flumen facit , et si privatus ante fuit, incipit tamen esse publicum , quia impossibile est ut alveus fluminis publici non sit publicus.*

270. Or dunque , se l'alveo di un flume pubblico è impossibile che non sia anch' esso pubblico , perchè la medesima qualità ine-

rente all' acqua debbe indispensabilmente colpire il letto su cui corre, è ben chiaro, che se la legge ritiene come pubblici i letti dei fiumi non navigabili nè atti a trasporto, egli è appunto perchè essa attribuisce il carattere di pubblicità alle loro acque: non potrebbe concepirsi questa assurda contradizione, che mentre pubblico è l' alveo, privata e di privata appartenenza sia poi l' acqua ch' esso contiene.

271. Che pubblico poi sia il letto di cotesti fiumi, emerge con molta evidenza da due articoli delle nostre leggi civili, cioè gli articoli 488 e 568. Ecco come dispone il primo di essi. « Se un fiu- » me o una riviera sia o pur no navigabile, ed atta a trasporto, » si apre un nuovo corso abbandonando l' antico letto, i proprieta- » rî dei fondi occupati si dividono a titolo d' indennità l'antico let- » to abbandonato, ciascuno in proporzione del terreno che gli è sta- » to tolto ».

272. Da questa disposizione risulta evidentemente, che il letto abbandonato dal fiume non può essere una proprietà dei possessori delle terre confinanti. Ed in effetti, se esso fosse un' appartenenza di costoro, con qual titolo e con quale giustizia la legge potrebbe disporne a favore di coloro le cui terre sono state occupate? Se questo letto lasciato a secco viene conceduto a titolo d'indennità ai proprietarî danneggiati, ciò non potrebbe avvenire senza dare un equivalente compenso agli antichi proprietarî. È indubitato, che una stretta ragione di equità ha determinato il legislatore a risarcire coloro, i quali per forza maggiore han perduto il possesso delle loro terre. Or questa disposizione dettata dall' equità sarebbe un' aperta violazione di ogni principio di giustizia, ove si fosse conceduta la cosa altrui, senza dare alcuna specie di compenso ai primi ripuarî i quali pel loro preteso dritto di proprietà avrebbero dovuto impossessarsi del letto abbandonato. Si aggiunga, che ove per un momento si volesse supporre, che il letto di codesti fiumi non navigabili nè atti a trasporto, si appartenga ai ripuarî, ne procederebbe questa strana conseguenza, contraria a tutt' i principî del dritto, cioè

che mentre costoro verrebbero spogliati, senza alcun compenso, del letto antico abbandonato, gli altri proprietarî poi delle terre occupate otterrebbero due incalcolabili vantaggi ad un tempo, perchè verrebbero risarciti della loro perdita mediante la divisione proporzionale dell' antico letto, e conserverebbero poi sempre lo stesso dritto di proprietà sulle loro terre costituenti il novello letto. Non risulta dunque con una evidenza ineluttabile l' assurdità e l' ingiustizia di un tal sistema? Se la legge non accorda alcuna indennità agli antichi ripuarî, se dispone liberamente del letto abbandonato, e se ne dispone appunto per un principio di equità a favore dei possessori danneggiati, ciò costituisce la pruova più diretta e convincente, che l' alveo è una cosa non posseduta da alcuno, è un' appartenenza del Demanio pubblico, è *pubblico* in fine.

273. Ma l' altra pruova dimostrante la pubblicità dell' alveo di codesti fiumi è tratta dall' art. 566, che così dispone: — « Quegli » lungo il cui fondo scorre un' acqua corrente, tranne quella che è » dichiarata di ragione del pubblico demanio dall' art. 433, può ser» virsene mentre scorre, per la irrigazione dei suoi foudi. Quegli » il cui fondo viene attraversato da quest' acqua può anche servir» sene nell'intervallo in cui vi trascorre: ma quando questa ne esce » ha l' obbligo di restituirla al suo corso ordinario ».

274. Ora, se il letto del fiume appartenesse ai proprietarî ripuarî, è evidente che essi avrebbero sull' acqua un *dritto dominicale*, e quindi ne userebbero per la ragione del loro dominio, perchè la proprietà del suolo comprende anche quella della superficie e della parte sottostante. Intanto la legge ha parlato del dritto di uso sulle acque nel titolo delle servitù prediali, ed è a *titolo di servitù* che concede ai ripuarî un tale uso. Dunque il letto del fiume non è una loro proprietà, perciocchè in forza del principio *Res propria nemini servit jure servitutis*, sarebbe assurdo concedere il dritto di servirsi della propria cosa. Dunque, se esso non appartiene ai ripuarî, debbe inevitabilmente esser cosa pubblica, ossia appartenere al Demanio pubblico. Ed ecco una seconda dimostrazione del carat-

tere pubblico del letto di questa specie di fiumi; pubblicità la quale, mentre è la conseguenza necessaria del carattere pubblico dell'acqua, è poi la dimostrazione di questo carattere pubblico di essa.

275. Intanto non debbo tacere, che uno degli oppugnatori di questo sistema è il Troplong (1). « Gli art. 160 e 161, egli dice, » sono scritti sotto la rubrica del dritto d'accessione, e poichè l'art. » 560 dichiara che le isole, le isolette e le unioni di terra che si » formano nei fiumi navigabili si acquistano per dritto di accessio- » ne allo stato, cui quei fiumi appartengono, la disposizione del- » l' art. 561 che attribuisce ai proprietarî confinanti le isole, le iso- » lette e le unioni di terra dei fiumi non navigabili, rivela aper- » tamente, che ad essi appartenga questa proprietà, per la regola » medesima che l' accessorio segue il principale ».

276. Ma osservo, che questa supposizione del Troplong è distrutta appunto dall' art. 488, il quale, come ho detto, attribuisce ai proprietarî delle terre novellamente occupate dal fiume quelle dell' antico letto abbandonato; e si noti che questo articolo è posto nel titolo medesimo delle accessioni, ove trovansi gli art. 485 e 486, corrispondenti ai due articoli francesi citati di sopra. È falso adunque che la disposizione racchiusa in quell' articolo dipende dal principio del dritto di accessione. Per dritto romano tutt' i fiumi erano pubblici, ed intanto le isole, e le isolette che in essi formansi appartenevano sempre ai ripuarî, secondo la l. 30, §. 2. ff. *de acq. rer. com.* — Inoltre si osservi, che quello scrittore confonde il Demanio *pubblico* con quello *dello Stato*: il primo, come ho detto, è fuori commercio ed inalienabile, non già il secondo. Ora, mentre i fiumi navigabili appartengono al *demanio pubblico*, la legge ha attribuito le loro isole ed isolette al *demanio dello stato*; è perciò che in questa qualità essa ne può disporre e concederle, se non vi ha titolo o prescrizione in contrario. Se dunque le isole ed isolette hanno una natura tutta diversa da quella dei fiumi

(1) *Sulla Prescriz.* §. 145.

navigabili in cui si formano, e se si acquistano allo stato, quantunque il fiume sia del *Demanio pubblico*, è chiaro che la legge ha ben potuto concedere ai ripuarî quelle dei fiumi non navigabili, senza che perciò si possa trarre alcun argomento sulla natura ed appartenenza del fiume e del suo letto.

## §. CXVI.

### *Giurisprudenza amministrativa.*

277. Ritenuto adunque come evidente questo importantissimo punto, concernente la pubblicità del letto dei fiumi non navigabili nè atti a trasporto, possiamo in poche parole riassumere tutta la serie delle pruove, d'onde emerge il carattere pubblico di questa specie di correnti. Si consideri, che il dritto romano fu richiamato in vigore su tale materia della legge del 1806; che le posteriori leggi civili nulla contengono d' incompatibile con gli stabilimenti della legislazione romana, perchè non si trova in esse veruna disposizione da cui, anche indirettamente, potesse desumersi la qualità privata di queste correnti; che anzi, la formola complessiva dell' art. 463, e le disposizioni dimostranti il carattere pubblico dei loro alvei, si prestano vicendevole forza per rendere evidente la qualità pubblica di quelle acque; che da ultimo, la circolare del 1809 e le due susseguenti ritengono testualmente come pubblici i fiumi non navigabili nè atti a trasporto; e si avrà allora la dimostrazione più stringente della loro pubblicità.

278. È appunto per questo principio, che la nostra giurisprudenza amministrativa ha più volte dichiarata in via di massima la qualità pubblica di tutt' i fiumi, anche non navigabili nè atti a trasporto. Un Rescritto del 17 giugno 1850 (1), nello sciogliere un conflitto di attribuzione elevato ad occasione di un giudi-

(1) Giornale d' Intendenza di Messina del 31 agosto 1850.

zio contro i Monaci Basiliani di Messina per taluni molini, dichiarò non esservi luogo a decisione di conflitto, perchè le parti avevano desistito e prestata acquiescenza; ma nel tempo medesimo proclamò la massima « che i fiumi tutti, tanto se sieno navigabili o » atti a trasporto, *quanto che non sieno*, appartengono in genere al » Demanio pubblico, insérvendo questi ultimi agli usi delle popola- » zioni e delle campagne, secondo i regolamenti dell' amministrazio- » ne pubblica ».

## §. CXVII.

### *Carattere dei corsi di acqua privata.*

279. Ma da questo principio generale, si potrebbe forse trarre una regola assoluta che non ammetta nè riconosca corsi di acqua privata? Certamente che no. Le sorgenti che hanno origine nei fondi privati, ed i ruscelli formati ed alimentati da tali sorgenti, sono senza dubbio di privato dominio. Sì fatte acque, sia perchè non perenni, sia perchè non copiose abbastanza da servire ad usi pubblici, sono obbietto dell' appropriazione privata, ed entrano nel dominio della terra che esse occupano o trascorrono nel loro corso.

280. Io dico le *sorgenti*: ma sul proposito rammento ciò che ho detto innanzi, vale a dire, che un tal dritto di proprietà è limitato dalla natura stessa delle cose ad un *uso* dell' acqua, senza poterne mai abusare quando essa dia origine sia ad un fiume pubblico, sia ad un piccolo corso privato, o ruscello sul quale altri avesse dritto. Nè da ciò potrebbe conchiudersi, che non vi esiste veruna reale differenza tra il dritto di *proprietà* di un' acqua, ed il dritto di *uso* della medesima, Sebbene ho detto che il dritto del proprietario sempre si riduca all' *uso*, pur nondimeno egli ha sempre su di essa quel dritto immateriale che costituisce la proprietà; in guisa che, se mai lo stato volesse destinare questa sor-

gente privata ad un oggetto di utilità pubblica, e per esempio, deviarne il corso per farla confluire in un fiume che voglia rendere navigabile, in tal caso non potrebbe ciò fare senza espropriarla come qualunque altra privata proprietà per causa di utilità pubblica, e pagarne il corrispondente valore. La qual cosa non avverrebbe sempre, quando si trattasse di un puro e nudo dritto di *uso*, nella forza stretta del termine, come di quì a poco vedremo. Importantissima è dunque questa differenza che corre tra l' una e l' altra idea: nè potrebbe passare inavvertita senza cader nel rischio di manomettere e violare il dritto di proprietà.

281. Ma se le sorgenti ed i ruscelli entrano nel dominio privato, non per questo si sottraggono dalla dipendenza della pubblica amministrazione, la quale, ove mai si presentino interessi opposti che vengono in collisione, può sempre intervenire a moderarne e regolarne l' uso, a fine di conciliare l' interesse dell' agricoltura col rispetto dovuto alla proprietà privata ( art. 567 ll. cc. ). Si rifletta però, che in tal caso, questo potere discrezionale affidato all' amministrazione o ai tribunali, non rende pubblica l' acqua, nè di pertinenza del pubblico Demanio: non si confondano queste due cose, che sono della massima importanza nell' applicazione, siccome ha ben definito un arresto della S. C. di Giustizia che appresso riporteremo (1).

## §. CXVIII.

### *Effetto della nuova legge sul dritto di proprietà anteriormente acquistato su i corsi d' acqua ora pubblici.*

282. Intanto, per dar compiuto sviluppo alla materia, non riesce inutile quì l' osservare, che secondo il novello sistema legislativo, il quale ha ripristinato nel possesso del pubblico Demanio

(1) Gazzetta dei Tribunali n. 218, anno 3.

tutt' i fiumi navigabili o non navigabili, debbono intendersi aboliti quei dritti di *proprietà* su tali corsi di acque, che solo potevano avere una giustificazione per le massime invalse per la forza del passato sistema. Spesso s' incontra la circostanza di occupazione di acque fatta dagli antichi feudatarî, i quali ne hanno disposto a guisa di padroni e proprietarî assoluti, sia con dirigerle ove loro è tornato acconcio, sia col concederne una parte a terze persone. Ben si comprende che questi fatti e questi titoli, su cui si volesse poggiare l' esercizio di un dritto di proprietà, non possono ritenersi come validi, efficaci e sussistenti dopo la promulgazione delle nuove leggi; e ciò quando anche avessero per sostegno dei solenni titoli di concessione, siccome si ravvisa in tutte le investiture feudali, le quali contenevano quasi sempre la espressa dichiarazione di concedersi le acque fluenti nel territorio infeudato. Tali dritti di proprietà non sono esercibili sotto la nuova legge, comechè fossero validi sotto l' impero dell' antecedente legislazione che li autorizzava: perciocchè non si tratta di dritti capaci per loro natura di privato commercio, ma invece di dritti incompetenti al privato, i quali sono rimasti aboliti in qualunque mano trovavansi. Ciò s' intende agevolmente per quella specie di dritti esercitati con titolo signorile e feudale, e che derivavano da quella giurisdizione che i feudatarî avevano sulle acque; ma è lo stesso poi pel semplice dritto di *proprietà* sulle medesime, il quale non può trovare altro appoggio che la stessa investitura feudale. Con l' abolizione generale del potere e della signoria feudale e dei correlativi dritti, la loro proprietà è rimasta intieramente distrutta, senza che possa opporsi la teorica del dritto acquistato, ed accusarsi la legge di retroattività, perciocchè la esistenza di una tale proprietà, essendo dipendente dal fatto della legge, cessa col cessare della legislazione che l' ha conceduta, nè potrebbe avere esistenza sotto la nuova che ha voluto espressamente rivendicarla a favore del pubblico Demanio: l' antico titolo di concessione, venendo ad esercitarsi sotto l' impero di una legge con cui è inconciliabile ed incompatibile, perde ogni efficacia ed esistenza giuridica.

283. Si rifletta però, che io parlo del dritto di *proprietà*, che non raramente si oppone dagli antichi concessionarî, nei giudizî che tuttogiorno si elevano intorno all' uso delle acque; ma non intendo parlare dei semplici dritti di *uso*, pei quali, come ora vedremo, gli antichi concessionarî sono equiparati a qualunque altro privato.

## §. CXIX.

### *Reassunto della teorica.*

284. Riassumendo adunque in poche parole tutto quello che concerne la pubblicità dei fiumi, si dovrà ritenere, che i fiumi navigabili o atti a trasporto, ed i loro confluenti, sono una pertinenza del demanio pubblico; che lo stesso è a dirsi per gli altri fiumi che non sono navigabili; che possono soltanto dirsi acque private le sorgenti, i ruscelli ed i torrenti, i quali appartengono ai proprietarî dei fondi ove fluiscono; che questo dritto di proprietà privata è limitato primamente dai confini dei proprî poderi; che esso importi un semplice dritto di *uso*, non mai di abuso; che tale uso sia anche limitato nel caso che esse dieno nascimento ad un fiume pubblico; che da ultimo tutte queste acque in generale sono nella dipendenza della pubblica amministrazione, la quale ne regola l' uso pubblico.

# CAPO SECONDO

## DEI DRITTI DI USO SULLE ACQUE PUBBLICHE, E DELLA LORO NATURA.

§. *CXX. — Carattere differenziale nella pubblicità dei fiumi, secondo la diversa loro natura.*

§. *CXXI. — Distinzione tra la natura dei fiumi ed i diritti di uso dei ripuarî.*

§. *CXXII. — Le leggi antiche e le moderne han riconosciuto l' esercizio dei dritti di uso, anche sulle correnti navigabili.*

§. *CXXIII. — Forme con cui si acquistano e si esercitano i dritti di uso.*

§. *CXXIV. — Gli antichi dritti anteriormente acquistati, non di proprietà, ma di uso, sono rispettati dalla nuova legge.*

§. *CXXV. — Inammissibilità della teorica della prescrizione ammessa dal Pecchio per l' uso dell' acqua di un fiume navigabile.*

§. *CXXVI. — L' antico possessore può essere ammesso a provare la dispersione del suo titolo.*

§. *CXXVII. — Un possesso immemorabile può far presumere la esistenza di un titolo anteriore, senza bisogno di altra pruova.*

§. *CXXVIII. — In che consistono questi dritti di uso.*

§. *CXXIX. — I Comuni non sono che semplici usuarî al pari dei privati.*

§. *CXXX. — Natura specifica di tali dritti di uso.*

§. *CXXXI. — Conseguenze in ordine alla competenza in generale.*

## §. CXX.

### *Carattere differenziale nella pubblicità dei fiumi secondo la diversa loro natura.*

285. Ho detto che ogni massa di acqua corrente non poteva formare obbietto di appropriazione nella sua totalità: la sua condizione di essere rapida, mobile e fuggevole, e la moltiplicità dei varî servigi di utilità generale cui è destinata, ne doveano necessariamente fare attribuire l'appartenenza alla personalità morale ed astratta del Demanio pubblico, che sola può comprendere e rappresentare gl' interessi collettivi, e nella quale per ciò la legge figura il dominio eminente di tutte le cose non suscettive di privata proprietà. Se non che, una importante distinzione dee qui farsi in ordine al carattere specifico di questa pubblicità inerente ai fiumi. Se l' *uso comune* di un popolo sulle acque correnti, o meglio la possibilità di esercitarvi questo uso, costituisce il carattere della loro pubblicità, secondo poi che un tale uso possa essere universale a tutti, ovvero ristretto a date località, ne procederà una pubblicità *assoluta* o *relativa* della corrente.

286. Allorchè un fiume, atteso l' imponente volume delle sue acque, possa essere atto alla navigazione o al trasporto, acquista allora un carattere di pubblicità *assoluta*, perchè generale: in tal caso la sua destinazione di navigabilità riflette tutta l'universalità degli individui dello stato, perchè generalmente per tutti ne riesce possibile il godimento. Ma allorquando la corrente, nè per fatto dell'uomo, nè per niuna dichiarazione della legge, non è destinata, nè si mostra atta all'uso pubblico di navigazione; allorquando essa non può prestare altri servigi che quelli dell' agricoltura e delle industrie; allora sono questi di un ordine più limitato e ristretto, perchè non riflettono l'universalità dei cittadini dello stato, ma l'uso soltanto dei luoghi pei quali fluisce, ed i bisogni o l'utile degli abi-

tanti di quelle zone di terre che la costeggiano. Onde nasce in tal caso una pubblicità, per dir così, locale, ristretta, e perciò *relativa*, perchè limitata appunto ai dritti di uso di una data località. Nel primo caso adunque l'acqua si dirà *assolutamente* pubblica, nell'ampiezza del significato; nel secondo si dirà pubblica *relativamente*, cioè sarà tale nel senso, che formando un oggetto interessante tutti gli usi della vita umana in un dato luogo, diventa materia di regolamenti amministrativi e di tutela pubblica, per pareggiare le utilità di tutti mediante il libero ed inviolato esercizio del dritto comune, e per contemperare la equa distribuzione dei servigi godevoli.

## §. CXXI.

### *Distinzione tra la natura dei fiumi, ed i dritti di uso dei ripuari.*

287. Questa distinzione, tra la pubblicità assoluta e relativa dei corsi d'acqua, è di grave momento per la diversità di conseguenze che ne derivano, specialmente in ordine all'esercizio dei *diritti di uso*. Al certo, non può muoversi dubbio, che su quei fiumi, i quali per loro natura non abbiano la destinazione strettamente pubblica di navigazione o di trasporto, possansi esercitare quella specie di diritti conosciuti generalmente sotto il nome di *dritti di uso*. Tali fiumi, mancando dell'uso di navigabilità, sono pubblici, unicamente e precisamente, perchè la loro destinazione è quella di servire agli *usi* individuali dei singoli possessori di terre, o delle popolazioni e città costeggianti il fiume. In tal caso, la pubblicità *relativa* sta appunto e si risolve nello esercizio concreto e di fatto di questi usi singolari e divisi, in guisa che tutt' i possessori delle terre confinanti, tutte le popolazioni ripuarie, han dritto all'esercizio di tali usi, sempre subordinatamente al principio del pareggiamento della comune utilità.

288. Ma diversamente avviene poi in quanto ai navigabili o at-

ti a trasporto. Per essi la pubblicità non si risolve già nei dritti di uso dei ripuarî, ma consiste nella destinazione pubblica di navigabilità, la quale verrebbe a distruggersi o a menomarsi, ove si permettesse l'uso delle sue acque per uno scopo diverso dalla navigazione. Un tal principio però non debbe prendersi in un senso così rigoroso ed assoluto: anche su tali fiumi navigabili o atti a trasporto possonsi esercitare e acquistare *dritti* di uso, quando si verifichi la condizione, che col loro esercizio non si rechi nocumento alla destinazione di navigabilità o di trasporto. Ciò è giustificato da un principio di ragione, che non bisogna perder di veduta in queste materie.

289. In effetti, secondo l'opinione universalmente abbracciata dagli scrittori sulla materia (1), uopo è distinguere in ogni massa di acqua navigabile, la parte non disponibile, perchè indispensabile alla pubblica destinazione, da quella che rimane disponibile perchè può essere usata singolarmente, senza detrimento dell'uso pubblico: la prima rimane fuori commercio assolutamente, la seconda è commerciabile, e può quindi essere distratta in altri usi, senza nuocere affatto allo scopo principale cui la corrente è consacrata. Importante distinzione, la quale serve a sciogliere molte gravi quistioni di dritto in materia di acque pubbliche, e senza cui mancherebbe ogni criterio di ragione per giustificare le concessioni di presa d'acqua, che tuttodì si fanno da parte dell'amministrazione su i fiumi assolutamente pubblici, cioè i navigabili. Una tale distinzione, fondata su gl'intimi rapporti delle cose, è ben rilevata dal Romagnosi, il quale la formola nitidamente. « È manifesto, egli dice (2), che l'acqua di » un fiume navigabile o atto a trasporto, benchè si consideri ap- » partenere al Demanio pubblico, ciò non ostante la destinazione » e l'uso veramente pubblico non è così assorbente, da non permet- » tere anche un privato commercio delle acque medesime, purchè

(1) V. Romagnosi *Cond. delle acque*, Part. 1, lib. 1, Sez. 1, cap. 10 §. 104 e 103.

(2) loc. cit.

» egli sia per ogni suo rapporto innocuo. Ciò stante, si può alme-
» no mentalmente considerare nella stessa massa di acqua due ca-
» ratteri di titoli e di dritti, sempre però dipendenti dallo stato di
» fatto. Il primo carattere è quello di servire ad uso veramente pub-
» blico; il secondo, di poter servire ad usi privati senza nuocere al-
» l'uso pubblico. Allora il di più che rimane diventa legalmente de-
» maniale, e non riesce di stretto uso pubblico. Allora per conse-
» guenza questa massa ulteriore di acque può essere assoggettata a
» quei rapporti di dritto, i quali vengono regolati dalla legge civi-
» le. Se materialmente ed ocularmente fare non si può questa se-
» parazione, considerando la massa del fiume nella sua attuale esi-
» stenza o consistenza, essa però può essere fatta intellettualmente
» e coll'uso. Ne volete voi una pruova ulteriore? Tutt'i regolamen-
» ti parlano di concessioni della presa d'acqua da un fiume pubbli-
» co ( ossia navigabile ). E perchè ciò? appunto perchè fare si può
» la separazioue di cui parlo ».

## §. CXXII.

*Le leggi antiche e le moderne han riconosciuto l'esercizio dei dritti di uso, anche sulle correnti navigabili.*

290. È per questo principio, per questa ragione di necessità e di utilità pubblica, che in tutte le legislazioni si son sempre riconosciuti i dritti di uso su i corsi di acqua pubblica, ancorchè navigabili. La legge romana formalmente tutelava tali diritti: secondo essa, la destinazione dell'acqua era decisiva per determinare la qualità pubblica e le conseguenze che ne doveano procedere. Nei fiumi navigabili, o in quelli che rendevano un altro navigabile, nulla potevasi fare che avesse renduto deteriore la stazione o il passaggio della nave ( l. 1, ff. lib. 43, tit. 12 ); ma per contrario potevasi aver dritto di usare dell'acqua, quando non si fosse renduta deteriore la navigazione: *non autem omne quod in flumine publico ri-*

*pave ejus fit, coercet praetor, sed si quid fiat, quo deterior statio et navigatio fiat*, diceva la detta legge al §. 4. — Per gli altri fiumi poi, anche qualificati pubblici, ma non navigabili, le sole eccezioni al diritto di uso dei ripuarî, verificavansi allorchè si avesse voluto disseccare l'alveo, o quando vi fosse stata la espressa proibizione del Principe o del Senato, o l'acqua si fosse trovata in realtà destinata a qualche uso pubblico inconciliabile con l'uso de' ripuarî: *Quominus ex flumine publico ducatur aqua nihil impedit, nisi Imperator aut Senatus vetet, si modo ea aqua in usu publico non erit* ( l. 2, ff. *ub. sup.* ). Ma se il ripuario si fosse unicamente limitato ad allacciare una data quantità di acqua, non cadea dubbio che avesse potuto usare di una tale facoltà, quando non avesse recato danno ad altri, poichè il principio direttivo della legge era quello di regolare l'esercizio giuridico del dritto individuale nel solo rapporto di non offendere la reciproca uguaglianza, e nel conformarsi alle esigenze della pubblica utilità. Il paragrafo 3.° della citata l. 1, spiegando l'interdetto riportato al titolo *Ne quid in flumine publico*, dice: *Quod autem ait Praetor aliter fluat, non ad quantitatem aquae fluentis pertinet, sed ad modum et ad rigorem cursus aquae referendum est.*

291. Nè poi l'esercizio di tali diritti ricevette immutazione sotto gl' Imperatori. Noi ordiniamo, dice la l. 4. ff. *de aquaeduc.*, che coloro i quali hanno sin da lungo tempo goduto il possesso di derivare le acque pei loro usi, sieno mantenuti in questo privilegio: *Usum aquae veterem longoque dominio constitutum, singulis civibus manere censemus, nec ulla novatione turbari.* Quindi, non solamente veniva accordato l'interdetto possessorio a colui che avesse condotto l'acqua da un fiume pubblico per la irrigazione del suo fondo o per altro uso ( l. 1. ff. §. 4, *de flum.* ); ma gl'Imperatori Antonino e Vero ordinarono, che neanche nel caso di regolamenti amministrativi per la distribuzione di un'acqua pubblica, si avesse potuto attentare al possesso del privato, per quanto egli ne godeva: *Imperatores Antoninus et Verus rescripserunt aquam de flumine pu-*

*blico, modo possessionem ad irrigandos agros dividi oportere; nisi proprio quis jure plus sibi datum ostenderit*: onde ordinarono che in tal caso fosse rispettato il possesso ( l. 17, ff. *de serv. praed. rust.* ).

292. Ed anche pel dritto intermedio, il quale introdusse tanta notevole modificazione nella teorica dei fiumi, circa la loro giurisdizione e la loro proprietà, fu anche riconosciuto l'uso pubblico delle loro acque, nel senso che potevano i singoli esercitarvi tutti quegli usi che il dritto comune, *jus gentium*, e la natura delle cose autorizzava; la qual cosa operavasi senza alcuna opposizione, specialmente nei corsi d'acqua rimasti nel libero demanio regio. Onde il Peregrino (1) diceva: *In flumine non navigabili, vel quod aliud non faciat navigabile, jure gentium, cuique licet molendina construere.*

293. Da ultimo, pel dritto nuovo, facendosi ritorno al disposto del dritto romano, furono testualmente riconosciuti i *dritti di uso* dalla legge del 2 agosto 1806, dalla circolare del dì 13 Settembre 1809, e dagli art. 565, e 566 delle leggi civili. Dal complesso di queste disposizioni combinate e riavvicinate possiamo ritenere, che se il dominio eminente di ogni corso di acqua perenne vien figurato risedere nella personalità complessiva dello stato, simboleggiata dal demanio pubblico; non pertanto, le leggi medesime dichiarano l'esistenza dei dritti di uso, con quella distinzione mentovata di sopra. Allorchè trattasi di fiumi atti alla navigazione, una tale destinazione è principale, in guisa che i dritti di uso per gli altri servigi secondarî delle acque, vanno subordinati alla condizione indispensabile che non si rechi a quella nocumento. Per gli altri fiumi poi non navigabili nè atti a trasporto, l'uso comune di tutti i singoli possessori di terre è il costitutivo della pubblicità; ond'è che ciascuno ha, per la sola dichiarazione della legge, la piena libertà di far prese d'acqua o opere idrauliche, perchè è questo

(1) Tom. 1, *cons.* 13, n. 1.

un dritto derivante dalla naturale situazione dei luoghi; è un dritto di servitù attiva inerente alla proprietà, e che questa debbe esercitare sul fiume per la sua prossimità; è un dritto che non potrebb'essere tolto, senza distruggere il costituente sostanziale della pubblicità.

## §. CXXIII.

*Forme con cui si acquistano e si esercitano i dritti di uso.*

294. La distinzione ora cennata giustifica la differenza delle forme o dei modi con cui si esercitano tali diritti di uso, secondo che si tratti di fiumi navigabili o pur no. — Per quelli che non sono navigabili, nè atti a trasporto, è indubitato che l' acquisto e l'esercizio dei dritti di uso non ha bisogno di alcun fatto o dichiarazione da parte dell'amministrazione. Essi hanno il loro titolo di esistenza nella legge che li proclama e li tutela: è dessa che li attribuisce. Può certamente l'amministrazione regolarne l' esercizio, nel fine di pareggiare l'utile di ciascuno con la inviolabilità del diritto di tutti: a ciò intendono precisamente i regolamenti amministrativi circa l'uso e la distribuzione delle acque pubbliche, quelli circa i metodi ed i tempi della irrigazione, ecc. Ma questa potestà giuridica che esercita l'amministrazione, per subordinare tali diritti a quelle condizioni che impediscano i possibili danni, e non ledano la parità del dritto degli altri utenti, non è già un potere *attributivo* del dritto stesso; è semplicemente una potestà regolatrice dell' *esercizio* di dritti legalmente esistenti, sì per la natura stessa delle cose, e sì per la dichiarazione esplicita che ne ha fatta la legge imperante. Non si perda di veduta questo principio, il quale ha una efficacia ed una importanza pratica di grave momento nell' applicazione.

295. Ma diversamente avviene poi pei fiumi navigabili o atti al trasporto. Poichè per essi la destinazione principale sta appunto

nella navigabilità e nel trasporto, e l'esercizio di tali dritti potrebbe distruggerla o impedirla, così tali dritti di uso non possono avere esistenza se non con una esplicita dichiarazione dell'amministrazione, la quale nel suo arbitrio prudenziale ed assoluto valuti se il loro esercizio possa o pur no riuscire innocuo. La concessione amministrativa adunque non regola soltanto il loro esercizio, ma è quella che dà loro vita, che li crea e li attribuisce. Ciò fu sentito assai bene dall'antico dritto e dagli scrittori. Il Pecchio (1), domandando se sia lecito ad un privato, di propria autorità, derivare acqua da un fiume navigabile, così risponde: « *Conclusio nostra est, ex flumine navigabili non posse aquam deduci sive licentia Principis atque auctoritate. Ratio autem est, quia flumina navigabilia sunt de regalibus ( Cap. unic. ), quae sint regalia de feudis. Per consequens ad solum Principem spectat de illis disponere, et gratiam privatis concedere. Hinc si in concessione extrahendi aquam e flumine navigabili deterior fiat navigatio in grave damnum reipublicae, hujusmodi concessio non valet, quia de jure habet in hanc tacitam conditionem: dummodo ex tali extractione non sequatur grave prejudicium publico. Nemque ut intelligatur quatenus aqua non deficiat, et concessio verificatur tantum de ea quae superest. In illis verbis: quid his personis, quibus nostra serenitas indulsit ex aqua superflua debet impartiri, et etiam argumento legis Praeses Provinciae 6. Cod. de servitutibus et aqua* ».

## §. CXXIV.

### *Gli antichi dritti anteriormente acquistati, non di proprietà, ma di uso, sono rispettati dalla nuova legge.*

296. Questa distinzione mi presta occasione di far rilevare una importante conseguenza, relativa ai dritti di uso esercitati anterior-

(1) Lib. 1, cap. 2.

mente alla nuova legge, in forza di antichi titoli di concessione, tanto su i fiumi navigabili, che su quelli non navigabili. Tali diritti, quando non dipendevano dalla qualità feudale, nè a questo titolo esercitati, deggiono avere tutta la loro efficacia. Fo questa osservazione dal perchè, se spesso gli antichi feudatarî eccepiscono inopportunamente pretesi diritti di *proprietà* sulle acque, spesso anche si va contro di essi ad un estremo opposto, negando loro finanche i dritti di *uso*.

297. Or la nuova legge, nell'abolire i dritti feudali e signorili sulle acque, non poteva colpire quegli antichi dritti i quali, acquistati anteriormente in virtù di legittime concessioni, trovano il loro fondamento ed il loro titolo di esistenza anche nel presente sistema. Non potevansi abolire se non quei dritti che per loro natura sono incompetenti al privato, come son quelli appunto di proprietà, o quelli conosciuti generalmente sotto il nome di *regalie*; ma non avrebbesi potuto togliere ad essi i *dritti di uso* competenti a qualunque privato, senza render la loro condizione peggiore di ogni altro. In fatti, altro è dire che ai feudatarî sia stata tolta la *proprietà* sulle acque, ora divenute pubbliche, e tolto l'esercizio di dritti *feudali* sulle medesime; ed altro è dire che debbano rimaner privi dei dritti di *uso*, allorquando essi, esercitandoli in virtù di legittima concessione o acquisto, ne godevano non già nella loro qualità feudale, ma come semplici privati. In tal caso è manifesto, che non senza ingiustizia sarebbesi spogliata una famiglia, una volta feudataria, dei dritti di *uso* sulle acque, sol perchè avea la qualità di feudataria, mentre questi stessi dritti trovano la loro giustificazione ed appoggio nella nuova legge.

298. È perciò che la circolare del 1809, sviluppando la legge del 2 agosto 1806, dichiarò nell' art. 9: « Acciocchè gli antichi possessori di privative e di acque credute feudali, non abusino della interpetrazione della parola *danno*, e si eviti ogni erronea intelligenza della legge del 2 agosto 1806, rimane dichiarato, che gli ex-baroni sono costituiti, relativamente alle loro antiche macchine,

*nello stesso dritto di tutti gli altri privati*, non avendo alcun riguardo del loro dritto antecedente. Per conseguenza è vietato agli edificatori di nuove macchine, di danneggiare quelle degli ex-baroni, ed inferire loro qualunque di quelle servitù che violerebbero il dritto di qualunque altro privato. » — La qual disposizione, esplicita soltanto per le macchine, è applicabile per la identità del principio a tutt'i dritti di uso che i ripuarî e possessori di terre fronteggianti possono esercitare *ex lege* sulle acque del fiume pubblico. Sempre che si tratti di un'antica concessione, non già di un dritto di *regalia* o feudale, ma di un semplice dritto di *uso* su l'acqua pubblica, poggiato sopra un giusto titolo originario allorchè si tratti di fiumi navigabili, siffatta concessione non solamente non riesce incompatibile coi principî della nuova legge, ma è legittimata da questi. Laonde, l'antico concessionario del dritto di uso del fiume navigabile, e molto più l'antico utente del fiume non navigabile, deggiono incontrastabilmente godere del loro dritto acquistato sotto l'antica legge, il quale diviene definitivo in virtù della nuova.

## §. CXXV.

### *Inammissibilità della teorica della prescrizione ammessa dal Pecchio per l'uso dell'acqua di un fiume navigabile.*

299. Ma che si dirà poi, allorquando l'usuario di un fiume navigabile, per essere mantenuto nel possesso del suo dritto di uso, eccepisca non un antico titolo di concessione, ma si limiti unicamente ad opporre la prescrizione? — Il Pecchio risolve una tale quistione nel senso affermativo, dicendo: *Conclusio nostra est, per tempus immemorabile, cujus initii non extat memoria in contrarium, acquiri posse jus ducendi aquam ex flumine navigabili; quae conclusio procedit etiam in Principi riservatis (1).* Ma questa conclu-

(1) *Tract. de aquaed.* lib. 1, cap. 2, Quaest. 4, n. 1:

sione è giustamente oppugnata da altri scrittori, quali sono il Cujacio, l'Accursio ed il Gotofredo. Egli si fonda sopra la legge *usum 4.* Cod. *De aquaeductu*; ma è questa malamente invocata, sì perchè parla di una cosa diversa, e sì perchè in essa si richiede espressamente la licenza del Principe. Eccone le parole: « *Usum aquae veterem, longoque dominio constitutum singulis civibus manere censemus, nec ulla novatione turbari: ita tamen ut quantitatem singuli quam veteri licentia percipiunt more usque in presentem diem perdurante percipiant: mansura poena in eos qui ad irrigationes agrorum vel hortorum delicias furtivis aquarum meatibus abutuntur.* Or dalla lettera di questa legge si può agevolmente congetturare, che trattasi dell'uso dell'acqua di un pubblico aquedotto, destinato al godimento degli abitanti di una città; e che avendo questa unica destinazione degli usi urbani, si vieta di distrarla o adoperarla per usi agricoli, e nel tempo stesso si proibisce di aprire clandestinamente bocche, le quali possano deviare l'acqua da una tale destinazione. Non si comprende adunque per quale specie di argomento si possa estendere questa disposizione ai fiumi navigabili, per conchiuderne che si possa prescrivere il dritto di usare della loro acqua, mediante un lungo possesso. Il mantenere gli abitanti di una città nel godimento di una presa d'acqua destinata ai loro usi domestici, non devia la cosa dalla sua destinazione e dal suo uso; all'opposto, assoggettare un dritto veramente pubblico, qual'è l'uso della navigabilità, alla prescrizione delle cose private, è lo stesso, come bene osserva il Romagnosi (1), che sovvertire tanto le idee di ragione, quanto le leggi di positiva autorità, ripetutamente inserite e solennemente proclamate nello stesso Codice giustinianeo.

300. Al che debbe aggiungersi, che quell'uso dell'acqua pubblica di cui parla la citata legge, debbe riunirsi con la locuzione, *quam veteri licentia percipiunt.* Da ciò si rileva, che l'antico uso dipende appunto da un'antica licenza, e perciò qui si esclude qua-

(1) Op. cit. n. 95.

lunque acquisto a titolo di servitù ordinaria civile, per dar luogo soltanto ad una positiva concessione del Principe. Dunque dalle stesse parole della legge risulta, che l'antico uso o possesso debbe derivare da un'anteriore concessione, e perciò viene respinta ogni possibilità di qualunque prescrizione civile.

301. Laonde il Pecchio, forzando la interpetrazione del testo, ne cava una conseguenza ed una illazione non sostenuta, anzi esclusa dalle stesse parole della legge. La sua teorica è perciò inammessibile. L'acqua di un fiume navigabile, come cosa eminentemente pubblica, è inalienabile ed imprescrittibile. L'uso antico di essa, poggiato sopra meri atti possessorî, senza il sostegno di un titolo di concessione, è illegittimo, nè può essere manutenibile. Le cose pubbliche deggiono presumersi sempre franche e libere da qualunque specie di servitù, fino a che non si faccia una pruova del contrario mediante un titolo. Sempre che si tratta di suolo pubblico non se ne potrà mai provar l'alienazione per via di presunzione, nè oppor mai la prescrizione acquisitiva, dappoichè come diceva la l. 45, ff. *de usucap.*, lib, 41, tit 3, — *Praescriptio longae possessionis ad obtinenda loca juris gentium publica concedi non solet.*

## §. CXXVI.

### *L'antico possessore può essere ammesso a provare la dispersione del suo titolo.*

302. Non pertanto, possono sorgere gravi difficoltà quando il possessore non si limiti ad opporre la prescrizione come mezzo acquisitivo, ma assuma l'esistenza di una concessione anteriore, senza però produrre il titolo che la dimostri. Ben si comprende, che in tal caso è ben diversa la posizione giuridica di lui, perchè allora la quistione verserà sopra un esame di *fatto*, inteso a vedere se in realtà sievi stato o pur no questo titolo di concessione. Dal non prodursi il titolo su cui si vuol poggiare il possesso, non potrebbe mai

desumersi che non ve ne sia mai stato alcuno, perciocchè una infinità di circostanze han potuto operarne la dispersione, siccome ciò si vede avvenire frequentemente quando si tratta di concessioni che risalgono a tempi molto remoti.

303. Ora in tal caso, potrebbe forse rigettarsi la pretensione del possessore, ovvero non sarebbe più legale il dire, che debba egli essere ammesso a provare la esistenza anteriore di un titolo che non può esibire? A me pare, che questa seconda soluzione sia conforme alla ragione ed ai principî. In effetti, se è vero che il solo possesso non è di per sè solo sufficiente per supplire al titolo, perchè si tratta di cose essenzialmente imprescrittibili, non sarà però men vero che la perdita del titolo non può necessariamente produrre la perdita del dritto stesso: *Amissis instrumentis quae intercesserant, non tolli substantiam veritatis placuit*, diceva la l. 10, Cod. *de fide instrum.*, lib 4, tit. 21. — L'antico possessore adunque può essere ammesso a provare la esistenza e la dispersione del titolo di concessione, e la realtà del suo dritto. Questa pruova potrà farsi con tutt' i modi voluti o ammessi dalla legge, cioè con qualunque specie di atto da cui debba necessariamente desumersi la esistenza precedente di una concessione, come sarebbero degli atti di ricognizione, delle quietanze di pagamento che vi avessero relazione, ec. Anche la pruova orale dovrebb'essere ammissibile a pro del possessore, nel modo stesso com' è ammessa dalla legge quando si tratta di dimostrare la esistenza di un titolo ordinario di credito, perduto dal creditore. Dee riflettersi, che sebbene si tratti di cose pubbliche, un lungo possesso ha sempre per sè una *presunzione* di legalità. E però non si dee mostrar rigore nell' ammettere qualunque specie di pruova, che possa mostrare la esistenza o la dispersione del titolo che lo rende legittimo.

## §. CXXVII.

*Un possesso immemorabile può far presumere l'esistenza del titolo anteriore, senza bisogno di alcun' altra pruova.*

304. Ma vi è dippiù. Sebbene il possesso nudo non possa essere mai considerato come titolo acquisitivo quando si tratta di cose pubbliche, nondimeno questo stesso possesso può esser preso come elemento atto a far *presumere* una concessione anteriore, quando però si trattasse di un possesso del cui cominciamento non ci ha memoria, di quel possesso conosciuto nel foro col nome d'*immemorabile*. Allora questo possesso non avrà esso stesso la forza di *titolo* dell'acquisto, ma servirà unicamente a far presumere l'antica esistenza di un titolo su cui esso era poggiato: cose ben diverse tra loro, come ben si comprende, e che non recano alcuna violazione a quel principio, che in fatto di cose pubbliche non possa mai il semplice possesso aver la forza di titolo acquisitivo.

305. Laonde, per questo principio parmi ammissibile l'opinione del Pecchio, il quale dice che questo immemorabile possesso debbe far sorgere la *presunzione* di un' anteriore concessione della pubblica autorità; giacchè, come egli si esprime, *talis praescriptio habet vim tituli, seu est loco privilegii tamquam a principe concessi.* Qui conviene temperare il rigore del dritto pubblico, coi riguardi dovuti al dritto privato.

306. Non pertanto accolgo su tal proposito una distinzione che fa il Romagnosi (1), tra il caso in cui la presa di acqua di cui trattasi sia nocevole alla destinazione, all'uso, ed alla sicurezza del corso d'acqua navigabile, considerata nei suoi rapporti di pubblico interesse; e quello in cui la presa d'acqua riesca innocua. Nel primo caso è evidente, che non possa militare in favore del possessore

(1) Opera citata, n. 101 e seg.

veruna presunzione nè guarentigia legale, valevole a mantenere il possesso. È ben noto, che se anche la concessione fosse recente ed esplicita, e sopravvenga una reale incompatibilità di fatto tra il beneficio del privato e l'uso o la necessità pubblica, tale concessione potrebb'essere a buon diritto rivocata. Ed anche se tale concessione fosse stata comprata, il possessore potrebbe sempre esserne spogliato, previa però l'indennizzazione dello sborso fatto; perciocchè in simili quistioni debbe ritenersi il principio, che ogni concessione di cose pubbliche, soggette a godimento privato, involge fin dal principio la clausola di essere rivocabile, allorchè essa riuscisse incompatibile con la destinazione pubblica della cosa stessa.

307. Che se poi la presa d'acqua non produca nocumento alla destinazione principale, sembra che trattandosi di un possessore innocuo, il quale dimostri l'immemorabile possesso notorio, tollerato, e libero, debbasi presumere esser egli provveduto della dovuta concessione originaria. Potrebbe opporsi che questa dovrebbe rinvenirsi nei pubblici archivi; ma a ciò rispondo con le medesime parole del Romagnosi, cioè, che contro lo smarrimento o deperimento di siffatti documenti antichi fu indotta appunto la salvaguardia dei leciti possessi, vale a dire di quei possessi i quali in fatto non presentano alcun vizio. Nel rimedio della prescrizione si è voluto provvedere in grande alla sicurezza dei possessi; in guisa che, se per un'astratta possibilità si potesse supporre anche qualche usurpazione privata, questa diviene tollerabile a fronte di un grande interesse comune, e dev'essere coperta per non recare danni maggiori con inquisizioni penose sul passato. Laonde, se fosse dimostrato nel fatto, che la presa di acqua di un antico possessore *ab immemorabili* stia dentro i confini delle legittime ed ordinarie concessioni, è evidentissimo ch' essa non cadrebbe sull' acqua destinata all'uso pubblico, e perciò questo tempo immemorabile può far presumere la originaria concessione, perocchè non è verosimile che per tanto tempo il Demanio, il quale avea interesse ad oppugnare l'uso palese e pacifico della presa di acqua, avrebbe tollerato questo immemorabile godimento.

308. Una tale soluzione è giustificata da considerazioni di stretta equità, e concilia ad un tempo tutt'i principî di ragione. Essa è poi di una importante applicazione pratica fra noi, perciocchè spesso avviene che nei pochissimi fiumi qualificabili come atti alla navigazione o al trasporto, e che fluiscono sul nostro territorio, trovansi fatte *ab antiquo* dai ripuarî delle derivazioni di acque pei servigi dell'agricoltura. Ora, togliere ad essi un tale uso goduto da tempo immemorabile, sol perchè il loro possesso sia sfornito di un atto di primitiva concessione, significherebbe violare la guarentigia conferita dal lunghissimo possesso, e rovinare contemporaneamente gl'interessi agricoli, senza verun pro per la destinazione del fiume. Io però non intendo dire con ciò, che il loro godimento, perchè esercitato *ab immemorabili*, debba intendersi diffinitivo ed irrevocabile; ben si comprende che l'amministrazione, esercitando il suo potere discrezionale, può sempre rivocare pel futuro un simile uso; ma debbe ciò fare con un suo atto, con un regolamento, non già per via di fatto. La turbativa operata per le vie di fatto, e non con un atto di autorità, costituirebbe quello che il Vico nitidamente chiamava *jus privatae violentiae*, il quale non potrebbe avere l'efficacia giuridica di spogliare il pacifico possessore del dritto di provvisoria manutenzione. Costui, turbato per le vie di fatto, avrebbe dritto di chiedere giudiziariamente la manutenzione provvisoria, appunto perchè il suo possesso immemorabile, facendo nascere la presunzione dell'esistenza di una primitiva concessione, non può cessare se non con un *atto di autorità* che la rivochi, non coi mezzi di fatto.

## §. CXXVIII.

### *In che consistono questi dritti di uso.*

309. Intanto non è inutile determinare il carattere generale di tali diritti di uso esercibili dai proprietarî, a fine di trarne quel

le conseguenze pratiche che necessariamente ne debbono conseguitare in ordine alle contese ed alla competenza. Dico adunque, che questi dritti esercibili dai ripuarî si riferiscono alle funzioni naturali a cui l'acqua è destinata, ossia a quei servigi che universalmente vengono in uso nelle società o stati agricoli, manifatturieri e commercianti, e che sogliono costituir l'obbietto di contrattazioni e di contese. Tali sono, gli usi domestici, la irrigazione dei terreni, la derivazione di acque per animare molini o altri opifici idraulici, ed ogni altro soccorso che può prestare l'acqua alle industrie ed alle arti. Su tali servigi essenziali si fondano appunto i dritti di presa e di derivazione di acqua, di costruzione di molini, ec., i quali tutti comprendonsi sotto la denominazione generica di *diritti di uso delle acque*, e ne esprimono gli oggetti ed i servigi più usitati, e che d'ordinario formano materia di regolamenti amministrativi, per l'equa distribuzione di tali godimenti fra tutti quelli che han diritto ad esercitarli.

310. È evidentissimo poi che la qualità di proprietario confinante al letto del fiume, ossia la qualità di *ripuario* sia quella su cui si fonda il dritto di uso: il dritto di uso, ravvisato generalmente, è inerente alla proprietà bagnata o attraversata dalla corrente.

## §. CXXIX.

*I Comuni non sono che semplici usuarî, al pari dei privati.*

311. E quì si presenta una importantissima osservazione sul proposito, relativamente ai Comuni i cui territorî vengono bagnati o attraversati da fiumi pubblici. I comuni, considerati come proprietarî di un dato territorio che viene bagnato dal corso d'acqua, non sono che *usuarî* al pari di qualunque altro individuo; l'essere o la persona collettiva del municipio non è che un ente giuridico il quale, parimente a qualunque altro privato, ha dritto all'eserci-

zio di tutti gli usi che dipendono e derivano immediatamente dalla prossimità del suo territorio.

312. È importante di ben determinare questa loro qualità, affinchè si abbiano idee precise in una materia, nella quale spesso si genera una strana ed erronea confusione. Non di rado è avvenuto, ed avviene anche di presente, che i Comuni oppugnino ai privati l'esercizio dei dritti di uso sulle acque pubbliche, nella falsa supposizione, che la pubblica demanialità di queste correnti dia ai municipî dritti maggiori che non ai singoli proprietari: ciò è un grave errore. La pubblicità di tutte le acque correnti non è stata stabilita dalle nuove leggi pel favore dei comuni, ma per tutti gl'individui che trovansi nella possibilità di fruirne; e tra questi individui van comprese anche le personalità morali, che riguardansi come altrettanti enti giuridici. Anche in Francia ciò venne dichiarato con un avviso del Consiglio di Stato del 30 piovoso anno 13, col quale si diffinì, che l'abolizione della feudalità e della corrispondente giurisdizione e dominio non era stata fatta a vantaggio dei comuni, bensì a profitto dei vassalli divenuti indipendenti nelle persone e nelle sostanze; che quindi il dritto di pesca e gli altri dritti sulle acque correnti non possono in alcun caso appartenere esclusivamente ai Comuni, ma a tutt' i proprietari fronteggianti alle ripe, uniformemente ai regolamenti. Dalla quale dichiarazione conseguitò chiaramente e positivamente, che il dominio delle acque dichiarate pubbliche, non essendo passato esclusivamente nelle mani dei municipî, sono costoro nella identica e simile condizione di qualunque altro ripuario, e però possono esercitare e pretendere quei soli diritti che alla qualità di ripuario sono inerenti.

## §. CXXX.

*Natura specifica di tali dritti di uso.*

313. Le precedenti investigazioni ci pongono ora nel caso di potere stabilire una distinzione importante, la quale fa rilevare il carattere e l'indole dei dritti di uso. Altro è la qualità e la natura dell'acqua fluente in un fiume, ed altro è l'indole dei dritti che i singoli individui possono acquistarvi in forza di un titolo, quando trattasi di fiumi navigabili o atti a trasporto; o esercitarvi pel solo fatto della legge, allorchè trattasi di quelli non navigabili. La natura propria della prima differisce essenzialmente da quella dei secondi, nè debbe l'una cosa confondersi con l'altra, come assai spesso avviene nei giudizi che tuttodì insorgono sull'uso delle acque pubbliche. Se l'acqua corrente è, generalmente parlando, pubblica; se il dominio eminente di essa sta raccolto nella personalità morale del pubblico Demanio, il quale rappresenta gl' interessi collettivi, non per ciò acquistano carattere ed indole pubblica i dritti di uso degl' individui. La facoltà che il possessore di terre confinanti esercita di usare dell'acqua del fiume, sia per la espressa concessione amministrativa, sia *jure proprio et ex lege*; le opere di arte necessarie a far la presa di acqua per la effezione di questa facoltà; il filone di acqua che mediante la presa si distacca dal volume totale del fiume; i canali che dopo la presa la conducono nei proprî fondi; tutto questo complesso di cose, ed il dritto stesso che le produce, entrano a far parte del patrimonio privato dell'utente, sono compenetrati dalla qualità di *privato dominio*.

314. Ed un tal carattere vi si unisce così indelebilmente, che non può esservi dubbio doversi ritenere e qualificare come furto, l'atto di servirsi da persone estranee di quell'acqua derivata da un fiume pubblico per mezzo di un canale di privata appartenenza: e ciò appunto perchè allora l'acqua perde la sua qualità pubblica, e

diventa proprietà privata ed esclusiva dell'usuario fino a che scorre pel suo fondo. Gli scrittori sono di accordo su questo punto: fra essi il Romagnosi (1) domanda, se ad un aquedotto che un privato costruisce per allacciare una determinata quantità di acqua di un fiume pubblico, sia applicabile la disposizione dell'art. 644 C. c. (566 ll. cc.); vale a dire, se i proprietarî dei fondi che ne sono attraversati possono servirsi di tale acqua mentre vi scorre, ma egli risponde negativamente; perciocchè, se al padrone intermedio pel cui fondo trascorre l'acqua, fosse accordata la facoltà di usare dell'acqua medesima nel tempo che lo attraversa, esso priverebbe senza diritto, anzi contro il dritto, il proprietario dell'acqua e del canale, del beneficio proposto, e violerebbe il dritto di proprietà a costui competente sull'acqua e sul canale stesso: anzi, egli dice, non vi sarebbe difficoltà ad asserire, che il proprietario intermedio attraversato dall'acquedotto, o chiunque altro, renderebbesi reo di furto, se, senza il consenso del padrone, sottraesse qualche porzione di acqua. Tanto è vero, che sì la massa d'acqua allacciata o per dritto acquistato, o *jure proprio*, quanto le opere manufatte per l'esercizio del dritto di uso, sono proprietà privata ed esclusiva dell'utente, entrano nel suo patrimonio, acquistano il carattere di cose e di diritti posseduti ed esercitati a titolo privato.

315. Ed in effetti, non può esservi verun dubbio su tal punto, quando si consideri e si faccia rilevare la vera natura del dritto di uso. Esso non è altro, propriamente parlando, che un dritto di servitù attiva esercitato dal fondo attiguo alla corrente d'acqua: questa costituisce il fondo serviente, mentre quello ne è il dominante; la qual cosa è determinata dalla stessa legge, la quale parla di tali diritti di uso precisamente nel titolo delle servitù, negli art. 563 e seg. ll. cc. Adunque il dritto di uso, inerente alla proprietà, non è che un dritto reale accessorio di questa, ed ha perciò la sua medesima natura.

(1) Op. cit. n. 200.

316. Alcuni scrittori considerano questi dritti di uso come altrettanti attributi o dipendenze di un dritto di usufrutto legale, perocchè traggono seco il godimento di una cosa la cui proprietà loro non appartiene. Ma questo dritto non è certamente quello di un usufrutto ordinario, perchè questo non è dovuto che alla persona, e si estingue con lei; mentre quello dei ripuarî è accessoriamente inerente ai fondi confinanti con la corrente, ed è perpetuamente trasmissibile con questi fondi medesimi. Se è dunque un dritto di usufrutto, assume però, per la sua singolarità, il carattere di servitù reale o prediale, perciocchè è ai fondi confinanti che la legge lo concede, per esserne l'accessorio indivisibile e perenne.

317. Altri poi assimilano questi dritti di uso a quelli di superficie, perchè coloro che ne godono, posseggono realmente in faccia a tutti gli altri particolari quel che costituisce la superficie del corpo e del suolo della corrente. Ma che si ravvisino tali dritti sotto l'uno o l'altro aspetto, non vi sarà altro che differenza di parole, come bene osserva il Proudhon, perchè sempre si giungerà a conchiudere, che ai ripuarî appartiene l'uso della riviera, di cui il pubblico demanio non ha che la nuda proprietà.

## §. CXXXI.

*Conseguenze in ordine alla competenza in generale.*

318. Posto ciò, è assai evidente la conseguenza che ne risulta. Tutte le azioni e le quistioni che possono nascere tra gli usuarî intorno all'esercizio di questi dritti, ai danni che dal loro esercizio possono derivare, e circa le opere fatte per questo esercizio medesimo, sono contese che non escono dal campo del dritto privato, sono quistioni d'interesse meramente civile, sono relazioni giuridiche individuali che si pongono in collisione sopra un oggetto di privata proprietà.

319. Ciò è stato anche testualmente consecrato dalla citata cir-

colare del 1809, dalla quale fu dichiarato nell'art. 7, che le opere fatte dai privati nel letto dei fiumi con titolo legittimo, rimangono sempre una proprietà privata, appunto perchè nulla ha di comune la natura pubblica del fiume con la natura ed indole privata del diritto dell'usuario, sopra una determinata massa di acqua, e sulle costruzioni fatte per trarre da questa i naturali e necessarî godimenti. È in forza del medesimo principio, che la stessa circolare nel suo articolo 2, mentre dichiara che la facoltà di costruir macchine ed usar l'acqua dei fiumi non navigabili, vada unicamente soggetta ai regolamenti amministrativi, ad oggetto di mantenere inviolato il dritto di tutti, dichiara poi nel tempo medesimo, che tali regolamenti debbano proporsi di regolar l'uso e la distribuzione di tali acque tra coloro che hanno il *dritto* di parteciparne, e di garentire i dritti di proprietà di ciascuno. Ed è perciò da ultimo, che anche la medesima circolare dichiara, che tutte le quistioni, anche di danni fra gli usuarî, vadano soggette al dritto privato e sieno giudicabili dal potere ordinario.

320. Importantissima è dunque la distinzione di cui ho fatto cenno: senza di essa una strana confusione si opererebbe nei principî elementari della competenza, e mancherebbe ogni criterio di ragione giuridica per delineare i confini delle due giurisdizioni amministrativa e giudiziaria. — Poste le quali cose, possiamo ora discendere alle applicazioni, ed esaminare le varie specie di quistioni relative alla competenza rispettiva.

# CAPO TERZO

## DELLA COMPETENZA RISPETTIVA DEI GIUDICI ORDINARJ ED AMMINISTRATIVI.

### SEZIONE 1.ª

Delle azioni e della competenza relative al carattere ed alla natura di un' acqua corrente.

§. *CXXXII.* — *Presunzione* juris *che fa attribuire al giudice amministrativo ogni quistione sulla natura della corrente.*

§. *CXXXIII.* — *Tale presunzione è il fondamento degli art. 6 e 7 della legge del 21 marzo 1817.*

§. *CXXXIV.* — *Sovrani rescritti emessi in conformità di questo principio.*

§. *CXXXV.* — *Una tale presunzione è sospesa nel giudizio possessorio, quando il possesso sia nelle condizioni che lo rendono manutenibile. La competenza è allora ordinaria.*

§. *CXXXVI.* — *La presunzione di pubblicità, prodotta in linea di eccezione in possessorio, è inammessibile.*

§. *CXXXVII.* — *Il Sovrano rescritto emesso nella causa del Demanio contro il Marchese Sortino, contiene implicitamente questa importante distinzione.*

§. *CXXXVIII.* — *Un altro rescritto del dì 8 febbraio 1825 tra Carli e Capponi corrobora il principio circa la diversità della competenza nelle azioni petitorie e possessorie.*

§. *CXXXIX.* — Quid *allorquando si tratti di una quistione tendente a determinare la qualità navigabile della corrente?* — *In tal caso è competente la sola amministrazione attiva.*

§. *CXL.* — *Caso di giurisprudenza in appoggio di questo principio.*

## §. CXXXII.

*Presunzione* juris *che fa attribuire al giudice amministrativo ogni quistione sulla natura della corrente.*

321. Il primo ordine di quistioni che si presenta in materia di acque, e che può dar luogo a dubbi circa la competenza sia del giudice ordinario, sia dell' amministrativo, è quello che versa sul carattere o sulla natura di un corso di acqua perenne. Dico *perenne*, perchè un' acqua che tale non fosse, non può generar quistione sulla sua appartenenza. Secondo ciò che ho detto nel capo I di questo titolo, bisogna rammentarsi che se, generalmente, le correnti perpetue sono pubbliche, ce ne ha però alcune che hanno un carattere privato. Potendovene essere di questa seconda specie, può quindi nascer quistione se una corrente abbia l' uno o l' altro carattere. Ecco pertanto la necessità di diffinire a qual giudice debba appartenere il giudizio concernente la determinazione della natura di un corso d' acqua.

322. Quì il principio che debbe tenersi presente è, che tutt' i fiumi perenni si *presumono* pubblici, fino a che non si faccia una dimostrazione della loro qualità privata. Una tale presunzione è un corollario conseguente di quanto ho esposto nel cennato Capo I circa la pubblicità dei fiumi, sieno navigabili o pur no: la loro qualità privata non è che una eccezione. Laonde, fino a che dura questa presunzione di pubblicità, ogni giudizio che tende a distruggerla non può essere attribuito che al giudice amministrativo; perchè solo questo è chiamato a giudicare delle proprietà pubbliche, ed a tutelarne la incolumità e la conservazione. Solo quando con una pruova giuridica si dimostrasse la inesistenza della pubblicità della corrente, allora, essendo distrutta quella presunzione, cesserebbe anche la competenza eccezionale, e riapparirebbe quella del giudice ordinario.

## §. CXXXIII.

*Tale presunzione è il fondamento degli art. 6 e 7 della legge del 21 Marzo 1817.*

323. Questa presunzione legale è appunto quella che ha dettato, e che giustifica pienamente la disposizione contenuta negli art. 6 e 7 della legge del 21 marzo 1817 sul contenzioso amministrativo. Questa legge, sebbene per principio generale sottragga dalla giustizia eccezionale, col suo art. 5.°, tutte le quistioni di proprietà e di libertà di fondi devolute al giudice ordinario, pur non di meno pone una manifesta differenza tra la rivendicazione di ogni altro immobile e rivendicazione di proprietà pubbliche. È perciò che, nei due articoli seguenti, attribuisce al giudice amministrativo le cause risguardanti la *occupazione* delle strade e dei fiumi; dappoichè, dovendosi *presumere* sempre pubbliche una strada o un' acqua corrente, il giudizio sulla loro appartenenza non può spettare che a quel magistrato istituito precisamente per la incolumità di queste cose pubbliche. Ove altrimenti fosse, ogni occupatore di un' acqua pubblica, presentando la semplice eccezione di esser l' acqua privata, potrebbe evitare la giurisdizione amministrativa, ed eludere quella disposizione della legge, la quale, pel favore dovuto alle pubbliche proprietà, ha voluto che un attentato sulle acque non fosse soggetto ad un giudizio nelle forme comuni ed ordinarie.

324. Nè poi, siccome taluni opinerebbero, dovrebbesi scindere il giudizio sulla *natura* delle acque da quello sulla loro *pertinenza*, e darsi il primo al giudice amministrativo, ed il secondo al giudice ordinario. Il giudizio sulla occupazione si compenetra essenzialmente con la quistione sul dominio: amendue costituiscono un giudizio unico, individuo, e la cui continenza non potrebbe esser violata, senza eludere al tempo stesso la disposizione

della legge. In effetti, non potendosi conoscere la natura pubblica o privata di una cosa, ove innanzi tutto non si definisca a chi ella appartenga, se al pubblico o al privato, è chiaro che tutte le cause di occupazione di pubbliche proprietà verrebbero in tal modo tratte, in tutt' i casi, innanzi al potere giudiziario; dappoichè, nel giudicare sul *dominio* o sull' appartenenza della cosa, questo giudicherebbe implicitamente e necessariamente sulla sua natura o carattere. Questo assurdo non è sostenibile innanzi alla disposizione testuale della legge, che attribuisce al magistrato amministrativo i giudizî di occupazione di un' acqua pubblica. Ond' è che ogni azione petitoriale, tendente a revindicare un corso d' acqua occupato dal privato, dovrà appartenere al giudice eccezionale, ch' è solo competente per diffinire quale è la sua natura specifica. L' unico caso di eccezione sarebbe quando nel corso del giudizio gli elementi di fatto, o i documenti e le pruove esibite, ponessero in luce la qualità privata dell' acqua in contesa: allora, cessando la ragione che giustifica la competenza amministrativa, dovrebbe la causa esser devoluta al giudice ordinario.

## §. CXXXIV.

*Sovrani rescritti emessi in conformità di questo principio.*

325. La giurisprudenza amministrativa è su questo punto uniforme al principio che ho enunciato. Un primo rescritto del 7 febbraio 1838 proclamò la massima, che nel dubbio se l' acqua sia pubblica o pur no, è competente il contenzioso amministrativo. Trattavasi di un conflitto di attribuzione elevato tra l' autorità giudiziaria e l' amministrativa della Valle di Caltanisetta, ad occasione di un' ordinanza del sindaco di Terranova, per demolizione di opere costrutte da Innocenzo ed Errico Rosso, ad oggetto di deviare il corso di acque che pretendeansi pubbliche. Considerandosi nella specie che trattavasi di quistione sulla qualità pubblica, nel

consiglio ordinario del 3 febbraio « La M. S. uniformemente al- » l' avviso della Consulta si è degnata dichiarare, essere nella spe- » cie medesima competente l' autorità del contenzioso amministra- » tivo , salvo , se quistioni incidenti sorgessero di esclusiva com- » petenza del contenzioso giudiziario , il rinvio particolare delle » quistioni medesime ».

326. Un altro rescritto , pronunziato antecedentemente nel 10 maggio 1822 , proclama la stessa massima. Sebbene emesso in occasione di un' occupazione di strada , e non di acqua , pur nondimeno è qui il luogo di riprodurlo , stantechè la identità del principio lo rende applicabile in materia di acqua. Eccone le parole :

327. « Ho rassegnato al Re il parere dato dalle due Camere » del Supremo Consiglio di Cancelleria di giustizia ed affari eccle- » siastici , e dell' interno e finanze , sul conflitto di attribuzione » elevatosi nel tribunale civile del secondo Abruzzo ulteriore e quel » Consiglio d' Intendenza , nella causa tra D. Giovan Battista Cor- » ti e D. Crispino Staiola per la chiusura della strada pubblica , » dedotta da Corti a carico di Staiola. E la M. S. sulla conside- » razione che si tratta di conoscere , se la strada occupata sia di » proprietà pubblica , ovvero un sentiero vicinale di proprietà pri- » vata , ha dichiarato che la conoscenza della causa anzidetta ap- » partenga al potere amministrativo ; bene inteso , che se nel tem- » po della decisione si venisse in chiaro , che la strada in con- » tesa non sia pubblica , ma vicinale, allora il potere ammini- » strativo dovrà sospendere le sue procedure , e rimettere la cau- » sa al potere giudiziario. Nel Real nome lo partecipo , ecc. ».

## §. CXXXV.

*Una tale presunzione è sospesa nel giudizio possessorio, quando il possesso sia nelle condizioni che lo rendono manutenibile. La competenza è allora ordinaria.*

328. Un tal principio che giustifica la competenza amministrativa, è applicabile unicamente al giudizio petitorio, quando cioè si tratta di un' azione revindicatoria per occupazione di un corso di acqua pubblica, usurpato dal privato. Ma avverrebbe diversamente ove si trattasse di una semplice azione possessoria, la quale non versa affatto sulla quistione circa la natura o il carattere dell'acqua corrente, ma giudica unicamente del fatto del possesso, per attribuirlo a colui che trovasi nelle condizioni legali, richieste per fargli godere il privilegio della provvisoria manutenzione. In questa specie di azioni, la presunta pubblicità della corrente sparisce per un istante innanzi all' altra presunzione, che sorge precisamente dal possesso di cui avesse goduto il privato: presunzione che fa attribuire alla cosa natura e qualità tutta privata. Se dunque un individuo, possedendo un corso d' acqua con quelle condizioni che imprimono al suo possesso il carattere di possesso civile, ne venisse turbato dal Demanio, avrebbe certamente dritto al beneficio di un' azione possessoria, la quale sarebbe giudicabile del potere civile ordinario.

329. Quì si riproduce quanto ho cennato nel Capo III. del Tit. II, e precisamente nei §§. XCVIII. e seguenti. Il fatto del possesso, quando trovasi nei termini giuridici per essere legalmente manutenibile, fa nascere la presunzione *juris* che la cosa si possegga *jure proprio*, ossia a titolo privato. Questa qualità presuntiva di privato dominio, distruggendo la presunzione ordinaria di pubblicità, provoca necessariamente la competenza del magistrato ordinario, appunto perchè la contesa versa sopra una cosa che

si presume privata e di privata appartenenza. Una tale presunzione non può essere scrollata se non con un giudizio petitorio di revindicazione: è in esso che può muoversi quistione del carattere di pubblicità, e degli effetti che da questo carattere possono derivare in ordine al dritto ed al titolo del possessore; e perciò solo allora comincia la competenza del giudice amministrativo, il quale è unicamente chiamato a giudicare di una tale pubblicità.

## §. CXXXVI.

*La presunzione di pubblicità prodotta in linea di eccezione in possessorio, è inammissibile.*

330. Dunque è chiarissimo che prematura non solo, ma inamessibile sarebbe la eccezione di cosa pubblica che volesse produrre il convenuto nel possessorio, come tuttodì si vede avvenire in questa specie di giudizî. Questa eccezione mira direttamente a distruggere il dritto o il titolo del possesso, e perciò concerne la sola sede del giudizio petitorio. Ora la testuale disposizione dell'art. 129 e seg. ll. pr. civ. vieta formalmente di potersi cumulare il petitorio col possessorio, ed inibisce al convenuto in quest' ultimo giudizio di difendersi in petitorio, fino a che non sia esaurito lo stadio del possessorio: in diverso modo, con questo circolo si verrebbe a distruggere la guarentigia dei dominî che la legge ha voluto tutelare, precisamente mediante la manutenzione provvisoria dei possessori che abbiano in loro favore la presunzione di legittimità. Allorchè dunque il possessore turbato trovasi in quelle condizioni giuridiche che debbono fargli godere il privilegio di questa provvisoria manutenzione, ogni eccezione petitoriale di pubblicità non può snaturare l' indole dell' azione meramente civile e privata, nè quindi potrebb' essere dichiarata ammissibile, ma debbe proporsi con azione principale in linea petitoriale; ed è allora solamente che rivive la competenza amministrativa.

## §. CXXXVII.

*Il Sovrano Rescritto emesso nella causa del Demanio contro il Marchese Sortino, contiene implicitamente questa importante distinzione.*

331. Questo principio ha il suo appoggio anche nella giurisprudenza amministrativa, la quale con alcuni rescritti lo consacra implicitamente. Ciò si desume in primo luogo dal rescritto nella celebre causa di rivendicazione che il pubblico Demanio intentò contro il Marchese di Sortino, per l'occupazione delle acque del fiume Anapo nella Sicilia e degli antichi aquedotti Siracusani, monumenti della vetusta grandezza di quella Città. Notevolissimi sono gli elementi e le circostanze di fatto di quel giudizio. Il fiume Anapo, il più grande che si abbia la Sicilia, e forse il solo tenuto come navigabile, ha le sue varie sorgenti in alcune terre, parte delle quali sono del Marchese Sortino. Queste sorgenti il Marchese pretendea sue, e ne immetteva le acque negli antichi aquedotti di Siracusa, per animare i suoi molini di Galermi; pretendea anche suoi gli aquedotti medesimi, in forza di un titolo di concessione del 1576. — Or nei dubbî insorti intorno ai modi atti a rivendicare quelle pubbliche proprietà, intervenne un Sovrano rescritto del 19 luglio 1834, degno di considerazione, per l'indirizzo che diede al giudizio, dappoichè diffinì che si agisse dal Demanio con azione *revindicatoria*.

332. Eccone le parole: « Sopra siffatta intelligenza, essen» dosi tutto rassegnato a S. M. nella conferenza del 28 già scor» so mese, la M. S. — *Sul primo*, — Posta mente che gli ac» quedotti Siracusani destinati a far fluire al pubblico bene le ac» que dell'Anapo, rimontano alla più remota antichità, e fan te» stimonio aperto che tanta magnificenza non potè essere che l'ope» ra Sovrana; monumenti che per la loro importanza, sfuggendo

» qualunque altra proprietà, non debbono spettare che al pubblico Demanio, conforme ai R. Decreti del 14 decembre 1819 e 13 maggio 1822. — *Sul secondo*, — Considerando che per la rivendicatoria tanto per gli aquedotti, quanto per le acque dell' Anapo, deve promuoversi l' azione non innanzi ai magistrati giudiziarî, nel qual caso sarebbe invocabile l' art. 164 della civile ritologia, ma bensì avanzarsi ai giudici del contenzioso amministrativo, ove per massima comunemente è ricevuta l' Amministrazione dei Demanî, e quindi il Direttore di essa che può sperimentare la detta azione innanzi al Consiglio d'Intendenza. — *Sul terzo*, — Attesochè la riscossione di questo credito, ec.ec.— Per queste considerazioni la prelodata M. S. nella pienezza dei suoi sovrani poteri, rettificando la ministeriale su indicata del 26 febbraio 1834, si è degnata ordinare che il Direttore generale dei rami e dritti diversi, sperimenti *come di regola* l' azione *rivindicatoria* innanzi al Consiglio d' Intendenza di Siracusa, tanto per gli antichissimi aquedotti Siracusani, quanto per le acque del fiume Anapo, che diconsi usurpati dal cennato signor Marchese Sortino ».

333. È evidentissimo adunque che il rescritto non ammise altra azione se non la petitoriale, nè avrebbe potuto ammetterne altra, perciocchè il possesso secolare di Sortino sulle acque e sugli aquedotti davangli incontrastabilmente un dritto alla manutenzione provvisoria fino al giudizio in merito, non ostante che le cose possedute si ritenessero come pubbliche. Ove il Demanio con poco accorgimento avesse spogliato per via di fatto il Marchese dal suo possesso, è indubitato che avrebbe dovuto succumbere in un giudizio *reintegrandae*, perchè un' azione di revindica, anche di cosa pubblica, non mai può cominciare dallo spoglio, nè può ledere il dritto acquistato di provvisoria manutenzione, il quale s'ingenera senza alcun dubbio nel possessore, quante volte abbia goduto palesemente e pacificamente nei termini di legge. Ed è quindi indubitato, che un tal possesso provvisoriamente manutenibile,

facendo nascere la presunzione che la cosa possedevasi *jure privato*, avrebbe dovuto andar soggetto alla competenza del giudice civile ordinario. Nel solo giudizio petitorio può muoversi quistione sulla pubblicità della cosa : la eccezione di cosa pubblica non può farsi nella sede del possessorio , quando vi esistano quelle condizioni legali che fanno attribuire al possesso il privilegio della manutenzione.

## §. CXXXVIII.

*Un altro rescritto del dì 8 febbraio 1823 tra Carli e Capponi corrobora il principio circa la diversità della competenza nelle azioni petitorie e possessorie.*

334. Questa distinzione che stabilisce il principio della rispettiva competenza , giudiziaria ed amministrativa, secondo che si tratti di azione possessoria o petitoria, è confermata da un altro rescritto del dì 8 febbraio 1823 nella causa tra Carli e Capponi, per un conflitto di attribuzione elevato tra il tribunale civile e il consiglio d' Intendenza di Aquila. Con tal sovrana disposizione fu risoluto il conflitto a pro del contenzioso amministrativo, perchè trattavasi di un attentato commesso *entro l'anno* sul corso di acque pubbliche, ossia del fiume Rigo. Questa circostanza che fece sciogliere quel conflitto pel giudice di eccezione , convalida la giurisdizione di regola del giudice ordinario, ogni qual volta sia compiuto l'anno. Trattavasi di una nunciazione di nuova opera , intentata prima che compisse l' anno dall' opera impresa. È chiarissimo che in tal caso non poteva valere la presunzione di legittimità del possesso in pro di chi avea commesso l' attentato; presunzione che può militare solamente a favore di chi abbia già posseduto per un anno intero, e che gli fa attribuire il dritto di provvisoria manutenzione. In questo caso , non essendovi nulla che faccia presumere l' esistenza di un dritto qualunque sulla corrente , milita per l' opposto la presunzione

della pubblicità del suo volume. Il giudizio quindi si dichiarò di competenza amministrativa, precisamente perchè mancava l'elemento giuridico del compiuto possesso annale, il quale fa provvisoriamente nascere la presunzione *juris* dell' esistenza di un dritto proprio, di un dominio privato. Laonde, allorchè con opere esterne e visibili siesi pacificamente goduto oltre l' anno, l' azione sia *retinendae*, sia *reintegrandae* del turbato possessore, stante la cennata presunzione, è un' azione tutta civile, essenzialmente privata di sua natura, e quindi unicamente giudicabile dal magistrato ordinario.

## §. CXXXIX.

### Quid *allorquando si tratti di una quistione tendente a determinare la qualità navigabile della corrente? In tal caso è competente la sola amministrazione attiva.*

335. Ad eccezione adunque delle azioni possessorie, siccome ora ho detto, ogni quistione che versi sulla natura o sul carattere di una corrente, è di competenza del giudice amministrativo. Ma su tal proposito si presenta un altro grave dubbio da risolvere. Un tal principio è incontrastabile, ogni qual volta si tratti di diffinire se una corrente sia pubblica o pur no. Se però, riconoscendosi il carattere pubblico del fiume, nasca nel tempo stesso una quistione tendente a determinare la sua navigabilità o la sua attitudine al trasporto, quale autorità sarà mai competente a pronunziarvi? Un tale esame è della più alta importanza, imperciocchè abbiamo notato nel Capo precedente quale efficacia restrittiva abbia la navigabilità di un fiume in ordine ai dritti di uso dei ripuarî. E può averne altresì una ben più grande, quando si trattasse di determinare a chi spetti la proprietà delle isole ed unioni di terra che formansi nel letto del fiume, le quali appartengono o al Demanio o ai ripuarî, secondo che il fiume sia navigabile o atto a trasporto, ovvero

tale non sia. É indispensabile quindi conoscere chi debba pronunziare competentemente sopra una quistione così vitale per le sue conseguenze giuridiche, e che spesso debb'esser decisa pregiudizialmente in un giudizio.

336. Ora, a me sembra indubitato, che una tale diffinizione esca interamente dal campo dell' ordine contenzioso, e che niun giudice, sia amministrativo, sia ordinario, potrebbe pronunziarvi, senza violare i poteri essenziali dell' amministrazione attiva, ossia l' *imperio* ad essa inerente. La qualificazione o la classificazione di una riviera, al pari che quella delle vie pubbliche, non è che un atto puramente amministrativo: una tale misura è un mezzo di governo, che fa parte integrale delle funzioni attive dell' amministrazione. Come tale non può esser devoluta alla giurisdizione contenziosa, neppure a quella istituita nel seno dell' amministrazione stessa.

## §. CXL.

### *Caso di giurisprudenza in appoggio di questo principio.*

337. La giurisprudenza del Consiglio di Stato in Francia ha reso omaggio a questo principio, perchè ha dichiarato la incompetenza dell' ordine contenzioso in una simile quistione; in guisa che, quante volte in un giudizio sorga la necessità di diffinire una tale quistione pregiudiziale, il giudice dee sospendere la sua decisione e rinviare al potere attivo dell' amministrazione, perchè vi pronunzi.

338. Un' ordinanza del 27 decembre 1820 proclamò il principio, che allorquando, per decidere se una parte di riviera sia stata o no compresa nell' aggiudicazione della pesca, si tratti preliminarmente di sapere se la parte litigiosa della riviera sia o pur no navigabile, la dichiarazione preventiva di questo fatto appartiene al prefetto, e non al consiglio di prefettura. In quella specie, la Corte di Bordò, innanzi a cui trovavasi introdotto il giudizio, avea sospeso di procedere, rinviando innanzi a chi di dritto, per tal di-

chiarazione. Il consiglio di prefettura della Gironda erasi creduto competente, ed avea pronunziato. La citata ordinanza annullò l'atto di quel consiglio nei seguenti termini: — « Considerando, che » nello stato della causa rinviata innanzi all' amministrazione dalla » decisione preparatoria della corte reale di Bordò, trattavasi sem- » plicemente di sapere, se la parte litigiosa della riviera della Dron- » na era navigabile o pur no, e che la dichiarazione preventiva » di un tal fatto apparteneva al prefetto, e non al consiglio di pre- » fettura; — Art. 1.° L' ordinanza del consiglio di prefettura del » dipartimento della Gironde, del 9 decembre 1818, è annullata per » causa d' incompetenza, e le parti sono rinviate innanzi al prefet- » to del medesimo dipartimento ».

## SEZIONE 2.ª

### Delle azioni speciali e della competenza risguardanti i fiumi navigabili o atti al trasporto.

§. *CXLI. — Differenza tra i fiumi navigabili e quelli atti al semplice trasporto.*

§. *CXLII. — Carattere specifico dei fiumi atti al trasporto.*

§. *CXLIII. — Competenza nelle quistioni d' indennità, quando un fiume semplicemente pubblico si tramuta con un atto governativo in navigabile.*

§. *CXLIV. — Chi ha dritto a pretendere una indennità, e per quali cose.*

§. *CXLV. — Distinzione circa le indennità dovute per la perdita dei dritti di uso.*

§. *CXLVI. — Competenza del giudice amministrativo nelle contravvenzioni sulle riviere navigabili o atte al trasporto.*

§. *CXLVII. — Cessa la competenza amministrativa, quando i fatti assumono il carattere di delitto o misfatto.*

§. *CXLVIII. — Cessa del pari quando si tratti di meri interessi privati.*

§. *CXLIX. — In qual caso può esservi luogo ad un' azione possessoria da parte del privato. La competenza sarebbe ordinaria. Rinvio.*

§. *CL. — Nell' azione petitoria sulla natura della corrente, la competenza è amministrativa. Rinvio.*

§. *CLI. — Le quistioni di danni tra i ripuarî sono di competenza ordinaria per principio generale.*

§. *CLII. — Questo principio di competenza è anche applicabile ai fiumi navigabili o atti a trasporto.*

§. *CLIII. — La competenza è anche ordinaria, quando l' azio-*

*ne tende ad ottenere la riduzione* ad pristinum, *se manchi un atto amministrativo.*

§. *CLIV. — In caso di opera non autorizzata, il giudice amministrativo è sempre competente per giudicar la contravvenzione: ma ciò non impedisce lo sperimento dell' azione innanzi al giudice ordinario.*

§. *CLV. — Nel caso di opera autorizzata amministrativamente, il giudizio dei danni si scinderebbe da quello di soppressione. Rinvio.*

## §. CXLI.

*Differenza tra i fiumi navigabili e quelli atti al semplice trasporto.*

339. Veduta dunque la competenza intorno alle quistioni che versano sulla natura di una corrente, possiamo ora discendere a determinare i principî regolatori di quella, che concerne altre quistioni più speciali, nate ad occasione dei pubblici fiumi. E poichè duplice è la grande e generale divisione dei corsi d' acqua, cioè di navigabili o atti a trasporto, e di pubblici semplicemente, così tratteremo separatamente sì degli uni, che degli altri.

340. Ma prima di esaminare quali ordini di quistioni possono nascere relativamente ai fiumi navigavili o atti a trasporto, ed a chi ne sia attribuita la competenza, non sarà del tutto inutile indicare quale sia il carattere specifico sì dei corsi navigabili, che di quelli atti al semplice trasporto, e che cosa faccia distinguere l' una specie dall' altra. Le nostre leggi civili, a simiglianza del Codice francese, non contengono alcuna definizione atta a farli riconoscere e distinguere; ma la presuppongono. Non ci ha dubbio, che per riviere navigabili debbansi intendere quelle, che possono sostenere delle navi, almeno per un determinato tratto del loro corso; e ciò quando anche la profondità delle acque non potesse reggere che semplici battelli, perchè anche in tal caso dovrà ravvisarsi sempre la possibilità della navigazione. Ma ci hanno dei caratteri speciali che fanno rilevare una differenza sostanziale tra essi, e quelli atti al puro trasporto. I fiumi di questa seconda specie sono quelli che possono unicamente trasferir le cose; mentre gli altri sono anche atti al trasporto delle persone. In secondo luogo poi, quello che dicesi *trasporto* non si esegue, propriamente parlando, che dalla regione alta alla bassa, senza risalire il corso della riviera: e la navigazione all' opposto si esercita in tutt' i sensi, sia di sopra in sotto, o viceversa, sia da una riva all' altra.

341. Questa diversità però, dipendente dalla loro intrinseca natura, non ne produce alcuna relativamente agli effetti giuridici, o in quanto alla loro proprietà. Entrambe queste specie di riviere sono considerate dalle nostre leggi sotto un aspetto unico ed identico, sia per la loro appartenenza al demanio pubblico, sia per le limitazioni che impongono ai proprietarî confinanti. Ond' è, che se si eccettui una certa diversità nei regolamenti amministrativi di cui son capaci, diversità derivante dalla differenza della loro natura e del loro scopo, non riesce di niuna importanza per la materia che ci occupa, l' esame degl' intrinseci caratteri che le distinguono.

## §. CXLII.

### *Carattere specifico dei fiumi atti al trasporto.*

342. Ma è però della massima importanza fissare a qual segno certo e giuridico debbasi riconoscere una riviera come atta al trasporto; perciocchè, mancando la determinazione di un tal carattere, ne procederebbero molte incertezze in ordine alle quistioni di competenza, potendosi questa specie di fiumi, che non comportano i dritti di uso, confondere con quegli altri su i quali possono i riparî *ex lege* esercitarli. Ora, la circolare del 13 settembre 1809 sulle acque pubbliche toglie ogni dubbio su questo punto. Nel suo art. 1.° essa dispone: « Le sole acque riservate alla ispezione del governo, e sottoposte alle regole amministrative del dipartimento dell' interno, conformemente al disposto dell' art. 438 del codice Napoleone, sono quelle dei fiumi o navigabili, o atti al trasporto di *zattere* o di *legnami*. » Dunque il carattere delle riviere atte al trasporto, è quello di essere atte a sostenere il galleggiamento del legname che vuole trasportarsi, o delle zattere: quando si verifichi un tale estremo, esse apparterranno incontrastabilmente al demanio pubblico, e saranno in tutto assimilate ai fiumi navigabili. Nè poi sarà necessario che si pratichi attualmente il trasporto del legname

o delle zattere, per far loro attribuire la qualità di pertinenza del demanio pubblico. Quando il volume delle loro acque sia tale, da presentare l' attitudine o la possibilità a questa specie di trasporto, nulla importa che manchi l' attualità del trasporto stesso: la loro qualità di pubblica pertinenza dipenderà sempre dalla loro natura intrinseca, non già da un fatto esterno, il quale può essere interrotto o sospeso per moltiplici cagioni.

343. Fissate adunque queste idee preliminari, possiamo dire che tre ordini principali di quistioni possono dar luogo a giudizî di competenza, relativamente ai fiumi che sono navigabili o atti a trasporto. Il primo concerne la quistione d' indennità, allorquando un fiume non navigabile, si voglia render tale. Il secondo comprende i giudizî sulle contravvenzioni. Il terzo da ultimo tutte le quistioni circa i possibili danni tra i ripuarî. Ne faremo quindi brevemente l' esame nei seguenti paragrafi.

## §. CXLIII.

### *Competenza nelle quistioni d' indennità, quando un fiume semplicemente pubblico si tramuta con un atto governativo in navigabile.*

344. Il nostro territorio è intersecato da parecchi fiumi, ma niuno di essi potrebbe, nello stato presente, esser considerato propriamente come navigabile. Se non che può stare, che i bisogni del traffico interno facciano un tempo sentire la necessità di avvalersi di questo potente veicolo di comunicazione: potrebbe quindi lo stato, con mezzi artificiali, ridurre navigabile qualche corso di acqua che non è tale attualmente. Questo fatto governativo, operato per la utilità pubblica, produrrebbe la perdita dei dritti esercitati dai ripuarî sulla corrente, ed imporrebbe loro tutte quelle servitù cui deggiono andar sottoposti quelli che posseggono in prossimità di una riviera navigabile. Ecco pertanto il caso di una es-

propriazione di dritti per pubblica utilità; e quindi la necessità di risarcire i proprietarî per quei dritti o quelle cose di cui vengono espropriati, come sarebbero le isole ed isolette che potrebbero porre ostacolo alla navigazione, lo stabilimento dei marciapiedi ed altre opere d' arte che debbono costeggiare le ripe, e tutte quelle altre misure infine atte a facilitarne la navigabilità.

345. In ordine a ciò, il primo punto su cui può nascere dubbio sulla competenza, sta nel vedere, chi abbia la potestà di diffinire le quistioni circa il valore delle indennità dovute ai confinanti, per la espropriazione dei loro dritti di proprietà: la determinazione di questo valore è tutta contenziosa, perchè trattasi di emettere un giusto ed equo giudizio sulla indennità che si pretende. Ora, in tal caso, il proprietario espropriato o danneggiato potrebbe forse agire giudiziariamente innanzi al potere ordinario, ovvero debbe contentarsi di una valutazione fatta amministrativamente? — Rispondendo ad un tal dubbio, osserverò che questa seconda via è la più conforme al sistema bene inteso della nostra legislazione. Secondo le Istruzioni del 17 aprile 1812, il sistema della espropriazione per causa pubblica, e dei metodi onde vi si procede, riposa sopra due importanti principî, cioè, il massimo favore dovuto alle opere di pubblica utilità, la cui esecuzione non può essere arrestata o sospesa per qualunque ragione d' interesse privato; ed inoltre, la più stretta equità nella valutazione e risarcimento del danno al proprietario, il quale non dee soffrire per tal ragione veruna perdita nel suo patrimonio. A conciliare questi due principî, mentre la valutazione della cosa o del dritto espropriato o danneggiato, diventa una operazione tutta amministrativa, e non contenziosa, ad oggetto di non ritardare la pubblica opera con le solenne ritualità di una discussione giudiziaria; dall' altro lato poi, si è voluto garentire l' interesse della proprietà privata, ordinando che alla valutazione del danno si proceda da tre periti, uno dei quali è nominato dal proprietario stesso, un secondo è l' ingegnere direttore dell'opera, ed un terzo viene scelto dall' Intendente della provincia.

346. Sì fatte istruzioni sono state anche dichiarate applicabili alle strade ferrate, pel compenso da darsi ai proprietarî i cui fondi vengono occupati o danneggiati. E dovrebbero ancora aver vigore, quando, volendo l' amministrazione render navigabile una riviera, si rendesse necessario sottoporre i ripuarî a quelle cessioni, espropriazioni e servitù indispensabili per facilitare la navigabilità. Quel regolamento impone generalmente i metodi di una tale espropriazione per utilità pubblica; nè quindi vi sarebbe ragione per escluderne il caso in esame, che anch' esso sarebbe un' opera di pubblica utilità.

347. Fissata poi una volta la valutazione del risarcimento dovuto al proprietario, il reclamo avverso l' ingiustizia di questa valutazione è anche prodotto ed esaminato amministrativamente, siccome ciò si desume chiaramente da un rescritto del 20 Settembre 1823, nella causa tra Scarpa e l' Amministrazione di ponti e strade.

## §. CXLIV.

*Chi ha dritto a pretendere una indennità, e per quali cose.*

348. L' altro punto che poi cade in esame relativamente alle indennità, sta nel vedere chi abbia dritto a pretenderle. È indubitato che la qualità di ripuario è richiesta per affacciare un tal diritto; perciocchè, allorquando per pubblica utilità si vuol rendere navigabile un fiume che non era tale precedentemente, i ripuarî sono quelli che soffrono la perdita di quei diritti di uso, che la legge dichiara inerenti ai terreni costeggianti un fiume semplicemente pubblico, ma non navigabile nè atto a trasporto.

349. Ma per determinare con precisione, quando è che legalmente possano i confinanti chiedere ed ottenere la indennità, uopo è fare delle distinzioni importanti a mio credere. Osserverò in primo luogo, che non mai i proprietarî confinanti potrebbero pretendere un compenso per la pretesa perdita del letto del fiume di-

chiarato navigabile. Da quanto ho osservato nel Capo primo di questo titolo, risulta che il letto delle riviere non navigabili non può dirsi rigorosamente nel dominio privato dei ripuarî, ma costituisce, unitamente al volume della corrente, una pertinenza del Demanio pubblico. Per il che è evidente, che non si debba loro veruna indennità per questa cagione, perchè non può dirsi ch' essi ne vengano espropriati con l'atto governativo, che dichiara navigabile quella riviera, la quale prima non era tale.

350. La sole cose di cui essi vengono in questo caso effettivamente espropriati, sono, 1.° quella parte di terreno lungo le ripe, inserviente allo stabilimento dei marciapiedi, indispensabili a facilitare la navigazione; e 2.° quelle opere, fabbricati o edificî qualunque, stabiliti per l' esercizio dei loro dritti di uso.

351. Relativamente ai marciapiedi, è indubitato che i proprietarî debbono ricevere una indennità proporzionata al danno che soffrono, per la privazione di quella parte di terreno su cui vengono stabiliti. Potrebbe dirsi, come si osserva da qualche scrittore, che lo stabilimento del marciapiede non importa una espropriazione nel vero senso della parola, perchè il suolo su cui vengono fissati rimane sempre nelle mani dello stesso padrone: quindi, essendo impossibile concepire espropriazione là dove non ci ha veruna mutazione di proprietà, non si può altrimenti considerare lo stabilimento del marciapiede, che come una semplice servitù imposta ai fondi. Ma checchè sia di questa teorica, il risultamento sarà sempre lo stesso, perchè anche in questo caso non potrebbe negarsi al proprietario una proporzionata indennità. La imposizione di questa servitù forzosa è sempre una lesione del dritto pieno di proprietà, che lo limita e lo danneggia; e questa lesione o limitazione è valutabile al pari di qualunque altro danno.

352. E diventerebbe poi vieppiù incontrastabile il dritto alla indennità, quando lo stabilimento del marciapiede non si limitasse ad imporre la semplice servitù, ma rendesse necessaria la demolizione di fabbricati, di abitazioni, di edificî posti su quella parte

di terreno. In tal caso tratterebbesi di veri immobili, di vere proprietà, la cui demolizione trae seco una effettiva espropriazione fondiale, perchè ne priva il proprietario, il quale ha perciò dritto al compenso equivalente del perduto godimento.

## §. CXLV.

### *Distinzione circa le indennità dovute per la perdita dei dritti di uso.*

353. In quanto poi concerne la determinazione del risarcimento per la perdita dei dritti di uso, parmi doversi anche fare una distinzione, tra il caso in cui tali dritti sono rimasti nello stato di semplice potenzialità, e quello in cui sono essi in un esercizio attuale, visibile e concreto. Il dritto di uso in generale, ragguardato nella sua astrazione, è senza dubbio inerente ai fondi confinanti con le riviere, e costituisce parte del patrimonio dell'utente. Ma questo dritto di servitù attiva non è già a tenersi come un dritto dominicale, incommutabile per sua natura, in guisa che non possa esser mai rivocato o ritolto. Esso all' opposto è sempre sottoposto alla volontà, al dominio ed all' onnipotenza della legge, la quale può mutare a seconda delle circostanze e delle considerazioni di ordine, d' interesse e di utilità pubblica. É un dritto, un godimento precario per sua propria essenza; e però subordinato all' impero della regola di pubblico dritto, che la concessione cessi d' avere il suo effetto dal momento che sia rivocata dal concedente ( L. 2 ff. *de precario*, lib. 43, tit. 26 ). Sempre che dunque il governo dello stato, organo e rappresentante della legge, s' impossessi della direzione delle acque, facendole servire ad uno scopo di pubblica utilità, col dichiarare di doversi porre in istato di navigabilità una riviera la quale prima non era tale, cessano *de jure* le concessioni che i ripuari tenevano dalla legge antecedente. Essi non possono dolersi della perdita di un godimento

per sua natura precario e rivocabile. Qual danno essi soffrono per tale rivocazione? Niuno, perchè il loro dritto, rimasto come un dritto potenziale, una pura astrazione, non ha ricevuto mai una effettiva esistenza mediante l' esercizio; nè vi è quindi luogo a compensare il *quantum interest* per la perdita cui soggiacciono.

354. Ma sarebbe diversa la soluzione, quando il ripuario avesse realmente esercitato questo dritto legale, quando cioè con opere esterne e visibili avesse usato dell' acqua pei suoi particolari vantaggi; come sarebbe il caso, in cui avesse costrutto un canale per la irrigazione del suo fondo, ovvero avesse fatto una presa di acqua per animare un molino, un opificio idraulico, uno stabilimento industriale qualunque. In tal caso, l' atto governativo che viene a colpire l' esercizio effettivo del suo dritto di uso, gli cagiona un danno certo e valutabile. Sebbene un tale esercizio fosse fondato sopra un titolo per sua natura precario e non incommutabile, purtuttavia è innegabile che il ripuario avea il dritto *ex lege*, e fino alla rivocazione, di fare tutti gli atti di godimento non vietati, e quindi di eseguire tutte quelle costruzioni ed opere che gli facessero conseguire questo scopo. Egli dunque soffre una vera espropriazione di una proprietà giuridicamente esistente, e la cui perdita gli produce un danno reale ed effettivo: è allora il caso di valutare e risarcire il *quantum interest*, derivante dalla soppressione degli stabilimenti edificati per l' esercizio di questo dritto di servitù legale. La ragione e l' equità si accordano per fare attribuire ai ripuari una indennità, per la distruzione di opere dispendiose, la cui perdita forse rovinerebbe i loro interessi.

355. Ogni qual volta adunque il ripuario dimostri un danno materiale ed effettivo, cagionatogli dall' atto che decreta la navigabilità della riviera, avrà dritto ad un risarcimento proporzionato. Ed un tal compenso dovrà essere valutato e fissato amministrativamente, secondo quello che ho detto di sopra.

## §. CXLVI.

*Competenza del giudice amministrativo nelle contravvenzioni sulle riviere navigabili o atte a trasporto.*

356. Il secondo ordine di giudizî, come ho detto, che può dar luogo a dubbî sulla competenza, concerne le contravvenzioni che avvengono relativamente alle riviere navigabili o atte a trasporto. In questa specie di giudizî è indubitato, per principio generale, che la competenza sia attribuita al giudice amministrativo, perciocchè trattandosi di cose eminentemente pubbliche, questo magistrato è il solo chiamato ed istituito dalla legge per conservarne la destinazione e mantenerne la incolumità. La sua competenza su tale obbietto abbraccia due punti essenziali, cioè la condanna all'ammenda in cui incorrono i contravventori, e la riduzione *ad pristinum* dei luoghi che fossero stati danneggiati, per effetto della contravvenzione. Io parlo di *contravvenzioni*, e non già di reati più gravi, quali sarebbero i delitti ed i misfatti; perchè non bisogna dimenticarsi che il giudice amministrativo non è un magistrato penale, e non potrebbe quindi pronunziare pene corporali, quali sono le correzionali e le criminali, contro i delinquenti: ogni sua giurisdizione penale va limitata alla sola facoltà di pronunziar l'ammenda.

357. Osservo in oltre, che per provocare la competenza amministrativa, è necessario che i fatti qualificabili come contravvenzioni, portino un pregiudizio qualunque al servizio pubblico, e non già che riguardino le azioni che i privati possono intentare nel loro interesse individuale. È sull'azione pubblica, è sulle contravvenzioni da cui risulta una lesione dell'interesse pubblico, che può il giudice amministrativo pronunziare; ma in tutti quei casi nei quali questo interesse non si trovasse punto compromesso, il giudizio debb'essere rinviato innanzi al giudice ordinario, perchè non

dee perdersi mai di veduta, che l' interesse pubblico è il fondamento sostanziale su cui poggia la competenza amministrativa. Così, per addurne degli esempî, quando alcuno abbia cagionato danno ad una delle opere costrutte per l' uso della navigazione; quando in onta dei regolamenti siensi commesse delle degradazioni sulle ripe, e vi si fossero fatte delle costruzioni senza il preventivo permesso dell' autorità pubblica; quando si fossero gettati dei materiali o delle macerie nel fiume, che potrebbero impedire il libero traffico, ovvero si fossero scavati dei canali sul marciapiede per far delle prese d' acqua per la irrigazione; in questi ed altri simiglianti casi, l' azione pubblica per la riduzione dei luoghi *ad pristinum*, per la riparazione dei danni, e per l' ammenda, è di esclusiva competenza del giudice amministrativo. Lo stesso avverrebbe nel caso in cui, senza il debito permesso, si costruisse un mulino o qualunque altro opificio industriale sulla riva o nel letto di un fiume navigabile, anche in quella parte in cui non si esercitasse la navigazione; ovvero nel caso in cui, quegli che avesse ottenuto l' autorizzazione non si fosse uniformato alle condizioni impostegli. In questi casi vi sarebbe una manifesta contravvenzione, perciocchè se la Circolare sulle acque pubbliche, di Settembre 1809, concede il libero dritto di costruire tali opere nei fiumi pubblici, prescrive però la condizione della precedente autorizzazione quando si tratti di fiumi navigabili o atti a trasporto. Ed una tale contravvenzione dovrebbe denunziarsi e giudicarsi dal giudice amministrativo, nello stesso modo come giudicherebbe di qualunque abusiva ed illegittima costruzione fatta sul suolo della via pubblica.

## §. CXLVII.

*Cessa la competenza amministrativa, quando i fatti assumono il carattere di delitto o misfatto.*

358. Dal principio ora esposto circa la competenza amministrativa in fatto di contravvenzione, vien chiaro, che la giurisdizione di questo magistrato riceve due limitazioni in due casi differenti. Il primo è quando il fatto che attenta allo stato materiale ed alla navigabilità della riviera, non fosse una semplice contravvenzione, ma assumesse, per le circostanze che lo accompagnano, un carattere più grave di delitto o di misfatto. In tal supposizione, dopo che il giudice amministrativo abbia pronunziata la condanna all'ammenda, ed ordinata la riduzione *ad pristinum* dei luoghi, è esaurita la sua giurisdizione, e dovrà perciò rinviare i delinquenti innanzi al giudice di polizia correzionale o al giudice criminale, secondo la gravezza dei casi. Così, se in qualcuno degli esempî di sopra citati concorresse la circostanza di via di fatto, di violenza, di furto, ec., allora il giudice amministrativo, senza arrestarsi a queste circostanze, dovrebbe, dopo aver pronunziato nei limiti della sua competenza, rinviar su tali fatti al giudice ordinario.

## §. CXLVIII.

*Cessa del pari quando si tratti di meri interessi privati.*

359. La seconda limitazione poi sta, quando si tratta di interessi privati che vengono in collisione, ancorchè questa sorga ad occasione di fiumi navigabili o atti a trasporto. In effetti, non essendo stati istituiti i tribunali amministrativi che per pronunziare sulle quistioni che interessano immediatamente la navigabilità del fiume ed i suoi accessorî, e che perciò trovansi collocate nelle cau-

se d' interesse pubblico, è evidentissimo che tutte quelle nelle quali non vengano in lotta che semplici interessi privati, e senza che l' interesse pubblico sia per nulla compromesso, sono incontrastabilmente sottoposte alla giurisdizione ordinaria ; e ciò perchè la legge generale debbe ripigliare il suo impero, in tutti quei casi che non ne sono specialmente eccettuati. Così, se nascessero quistioni tra coloro che traghettano il fiume ed i ripuarî; se, a modo di esempio, si trattasse di danni prodotti dai battelli ad un opificio esistente legittimamente sulla ripa, in questi ed altri casi simiglianti il giudizio sarebbe di competenza ordinaria, perchè l' interesse pubblico non entrerebbe per nulla nelle discussioni individuali di tal natura. Per addurne un altro esempio diremo, che tale sarebbe anche il caso in cui, dopo decretata la navigabilità di un fiume, e dovendosi, per renderlo tale, stabilire la servitù del marciapiede su i fondi adiacenti, nascesse quistione per sapere a chi appartenga quel terreno su cui tale servitù debbe imporsi. Sarebbe allora questa una quistione sopra un dritto di proprietà, intorno alla quale sono incompetenti i giudici amministrativi. Dovrebbero quindi i contendenti essere rinviati innanzi al magistrato ordinario, per pronunziarsi preliminarmente sulla quistione di proprietà; e colui che verrà diffinitivamente dichiarato proprietario, potrà in seguito presentarsi per ottenere amministrativamente la indennità che gli spetta, a cagione della servitù cui va sottoposto il suo fondo.

## §. CXLIX.

*In qual caso può esservi luogo ad un' azione possessoria da parte del privato. La competenza sarebbe ordinaria. Rinvio.*

360. Più dubbiosa a primo aspetto può sembrare la quistione di competenza in un altro caso, anche concernente per un lato il dritto di proprietà, quando cioè un ripuario, trovandosi nel paci-

fico possesso, sia da tempo immemorabile, sia per legittima concessione, di una presa d' acqua del fiume navigabile, per animare un suo opificio, ne venisse spogliato per via di fatto. Potrebbe allora darsi luogo ad un giudizio, e chi ne sarà mai il giudice? — Al certo non può negarsi, che simiglianti concessioni, o fondate sopra un titolo espresso che parte dall' amministrazione, o sopra un titolo presunto allorchè vi concorra la circostanza della immemorabilità del possesso, non sono per loro natura irrevocabili, siccome ho detto: esse all' opposto possono essere sempre ritolte *ad libitum* del concedente, quando motivi d' interesse pubblico ciò richiedano. Ma una tale rivocazione non può aver luogo se non con due condizioni; la prima, che ciò si operi con un atto d' imperio dell' autorità legittima; la seconda, che si dia al possessore una giusta e preventiva indennità, proporzionata al danno che patisce. Ora, le semplici vie di fatto con cui si spogliasse il possessore legittimo e pacifico, opererebbero la lesione di un dritto, il quale ha una esistenza giuridica fino a che non siensi adempiute quelle due condizioni, che sole han virtù di farlo cessare. Il possessore adunque investito di questo dritto, e fino a che non sia rivocato nelle forme giuridiche, ha contro chiunque un' azione per far reprimere l' attentato, e può quindi istituire un giudizio *retinendae vel reintegrandae possessionis*. E sul proposito quì si riproduce il principio che ho sviluppato nei §§. XCIX e seguenti, da cui risulta, che se per regola generale non può darsi il beneficio dell' azione possessoria su quelle cose che non sono per sè prescrittibili con nudi atti di possesso, quali sono le cose pubbliche, non è così poi allorchè il possesso poggia sopra un titolo, ovvero, come ho cennato nell' altro §. CXXVII, su quel tempo immemorabile che lo fa necessariamente presumere. Onde procede come corollario l' altro principio sviluppato nel §. CII in ordine alla incompetenza amministrativa, tutte le volte che l'individuo si trova nei termini e nelle condizioni di un possesso provvisoriamente manutenibile. Perciocchè, in effetti, il possesso presentando la presunzione di legittimità, ingenera ancora l' altra presunzione ne-

cessaria di privata appartenenza della cosa: circostanza la quale rende incontrastabile la competenza del giudice civile ordinario.

## §. CL.

*Nell' azione petitoria sulla natura della corrente, la competenza è amministrativa. Rinvio.*

361. Ma ben diversamente avverrebbe, allorchè il possessore spogliato per via di fatto, a cui mancasse un titolo, nè potesse documentare quel possesso immemorabile che lo fa presumere, volesse sostenere il suo dritto, impugnando la qualità ed il carattere della corrente, ed assumesse non esser quella nè navigabile nè atta a trasporto. In tal caso, per le cose dette di sopra nella Sezione precedente, il giudizio si devolverebbe al giudice amministrativo, esclusivamente competente per diffinire la natura di un corso d' acqua, se navigabile o pur no.

362. Ed anche amministrativa sarebbe la competenza allorchè, senza verificarsi la circostanza dello spoglio operato con pure vie di fatto, ma essendovi invece un atto dell' autorità rivocante il possesso, volesse il privato sostenerne la legittimità con la medesima eccezione di non navigabilità del fiume. In tal caso, alla ragione ora detta, giustificante la competenza amministrativa, se ne aggiungerebbe un' altra potentissima, vale a dire, che una tale eccezione tenderebbe ad attaccare la *legalità* dell' atto dell' autorità pubblica; facoltà non concessa in verun caso al giudice civile ordinario, il quale non può elevarsi a giudicare degli atti di potere e d'imperio della pubblica amministrazione.

## §. CLI.

*Le quistioni di danni tra i ripuarî sono di competenza ordinaria per principio generale.*

363. Il principio di sopra cennato circa la incompetenza del giudice amministrativo, anche in materia di fiumi navigabili o atti a trasporto, semprechè si tratti di quistioni di privato interesse, mi conduce a fissare qualche idea più precisa intorno al terzo ordine di giudizî che possono aver luogo, cioè quelli relativi alle azioni dei possibili danni tra i ripuarî. Per principio generale è indubitato, che tali giudizî rientrano essenzialmente sotto la competenza ordinaria. In forza della importante distinzione tra l' intessesse pubblico e l' interesse privato, dee ritenersi come un punto incontrastabile, o meglio come un assioma legale, che la rifazione del danno cagionato ad un ripuario da un fatto qualunque, o da un'opera edificata in un fiume pubblico, costituisce, presa e considerata nella sua indole, un giudizio di natura essenzialmente privata. Se ci ha punto di dottrina che trovi l' appoggio delle leggi e della giurisprudenza, egli è certamente questo.

364. In effetti, le leggi romane, le quali in questa materia sono state richiamate in vigore dalla nostra legge del 2 agosto 1806, dalla Circolare del 13 settembre 1809 e dalle stesse leggi civili, accordavano l' interdetto, affinchè non si fosse in modo alcuno modificato il corso del fiume, da arrecar danno ai ripuarî. La leg. 1. ff. *ne quid in flum. publ.*, lib. 43, tit. 13, diceva; *Ait praetor, in flumine publico inve ripa ejus facere, aut in id flumen ripamve ejus immittere, quo aliter aqua fluat quam priore aestate fluxit, veto*; — E soggiungeva poscia: — *hoc interdicto prospexit praetor ne derivationibus nimis concessis, flumina exarescant, vel mutatus alveus vicinis aliquam injuriam afferat . . . . Et generaliter dicendum est ita demum interdicto quem tenere, si mutetur o-*

*quae cursus per hoc quod factum est, dum vel depressior, vel arctior fiat aqua, ac per hoc expeditior fit cum incommodo accolentium; et si quod aliud vitii accolae ex facto ejus convenitur sentient, interdicto locus erit.* — I quali interdetti pretorii, se pur da un lato voglian considerarsi come *nozioni amministrative*, istituite pel fine pubblico della incolumità della corrente, siccome può risultare da quelle parole, *ne derivationibus nimis concessis flumina exarescant*; eran però dall' altro dei veri rimedî giuridici stabiliti nello interesse privato ed individuale dei ripuarî, *ne mutatus alveus vicinis aliquam injuriam afferat.* Ed era questa principalmente la loro indole perpetua, il cui effetto stava appunto nel garentire i ripuarî dal danno che qualunque innovazione avesse potuto cagionare.

365. Ond' è che la Circolare del 13 settembre 1809, riproducendo questo principio del dritto romano, formalmente dichiarò nei suoi art. 7 e 8, che qualunque quistione relativa ai danni prodotti o producibili ai ripuarî dalla edificazione di nuove macchine o di qualsiesi opera nei fiumi pubblici, fosse di esclusiva competenza dei tribunali ordinarî, perchè solo questi han giurisdizione per diffinire le quistioni di mero interesse privato.

## §. CLII.

### *Questo principio di competenza è applicabile anche ai fiumi navigabili o atti a trasporto.*

366. Or questo principio di competenza è applicabile a tutt' i fiumi pubblici, sieno o pur no navigabili o atti a trasporto: il che risulta dall' osservare, che qualunque sia il carattere del corso d' acqua, sempre identica rimane la natura degl' interessi e dell' azione su cui debbesi profferir giudizio. L' azione pei danni, e quindi la competenza, non potrà cambiare col variare del carattere della corrente: che l' opera sia fatta in un fiume navigabile, ovvero in una riviera la quale non abbia questa qualità nè per

fatto nè per dichiarazione della legge, sempre saranno interessi privati che si porranno in collisione, sempre si tratterà di relazioni giuridiche individuali, di danni sulla proprietà privata, di quistioni di servitù o di libertà di fondi, su cui bisognerà pronunziare. La circostanza della navigabilità del fiume non potrebbe aver virtù di modificare l' indole specifica dell' azione, ed imprimervi veste o qualità di azione d' interesse pubblico. E sebbene lo stabilimento delle opere ed opifici idraulici qualunque, in forza della Circolare del 1809, sia nelle attribuzioni dell' autorità amministrativa pei soli fiumi navigabili o atti a trasporto, pur tuttavia non può esservi il menomo dubbio, che la quistione dei danni ed interessi a causa delle perdite materiali che i ripuarî possano risentir su i loro fondi per tali opifici, rimane sempre nel dominio della giustizia ordinaria, perchè riguarda sempre ed esclusivamente il dritto o l' interesse privato. Ond' è che la citata legge romana, mentre accordava il beneficio dell' interdetto per tutt' i fiumi pubblici in generale, dichiarava competere esso ai ripuarî tanto pei fiumi navigabili, quanto per quelli che tali non fossero; *pertinet autem hoc interdictum ad flumina pubblica, sive navigabilia sint, sive non sint.*

## §. CLIII.

### *La competenza è anche ordinaria quando l' azione tenda ad ottenere la riduzione* ad pristinum, *se manchi un atto amministrativo.*

367. Questo principio giustificante la competenza ordinaria è applicabile a quei giudizi, i quali abbiano per oggetto la prestazione del danno, considerata come un' azione isolata; ma che si dirà poi quando l' azione si consideri, non nel solo rapporto giuridico del risarcimento dei guasti materiali prodotti, ma ancora in quello della emendazione di quel fatto che li cagiona, ossia nel fine della ridu-

zione *ad pristinum*? — Qui bisogna fare una distinzione, secondo che si tratti di opera autorizzata amministrativamente, o pur no.

368. Nel caso che manchi un atto amministrativo autorizzante l'opera, parmi non potersi dubitare che identici sono i principî della competenza; imperciocchè, sotto qualunque aspetto si voglia guardare la riduzione *ad pristinum*, ossia la domanda di soppressione dell' opera calamitosa, si ravviserà sempre una collisione dei due interessi privati ed individuali del danneggiato e del danneggiatore, senza che neppur lontanamente si possa veder rappresentato in alcuno di essi un interesse pubblico qualunque. Ed in verità, non può concepirsi, che quel medesimo giudice il quale è incontrastabilmente competente per pronunziare sul danno avvenuto, non avesse poi giurisdizione per ordinare la distruzione della causa che lo ingenera. Il risarcimento e la riduzione *ad pristinum* formano due termini correlativi di una medesima azione, e si compenetrano in tal guisa tra loro, da non costituire che un giudizio unico ed individuo: generalmente parlando, l' una cosa non può concepirsi separata dall' altra.

369. Era in conseguenza di ciò, che la legge romana, quante volte si fosse praticata una qualunque opera, sia nel fiume che nella sua ripa, opera la quale rinviando l' urto delle acque sulla sponda opposta, e modificando in qualunque modo la corrente navigabile o pur no, avesse esposti ad un danno i fondi dei ripuarî, dava a costoro il beneficio dell' interdetto possessorio, precisamente perchè il giudice avesse ordinata la riduzione *ad pristinum*. E tale interdetto non solamente era dato *ad impediendum*, ma altresì *ad restituendum*, vale a dire a demolir l' opera dopo compiuta, ed anche per un danno futuro e possibile, ma non ancora avvenuto. *Haec autem actio* ( diceva la l. 1, §. 1, ff. *de aqua et aq. pluv. arc.*, lib. 39, tit. 3 ) *locum habet in damno nondum facto, opere tamen jam facto, hoc est, de eo opere ex quo damnum timetur; totiesque locum habet, quoties manufacto opere, agro aqua nocitura est: id est cum quis manu fecerit quo aliter flueret quam natura*

*soleret ; si forte immittendo eam , aut maiorem fecerit , aut citatiorem , aut vehementiorem , aut si comprimendo eam redundare effecerit.*

370. Ed è appunto in forza di questo principio, che il nostro artic. 562 ll. cc. dispone per via di regola generale, che i proprietarî non possano essere obbligati a soffrire la servitù della corrente d' acqua e le sue dannose conseguenze , se non quando il fluido sia abbandonato al suo corso *naturale*. Ogni qual volta adunque , per un' opera fatta a mano d' uomo , questo corso naturale dell' acqua , trattisi o pur no di acqua navigabile , venga *artificialmente* modificato , tutti coloro che da una tale innovazione possono ricevere un danno presente o anche futuro , han dritto a domandarne la emendazione , tanto in forza dell'antico che del nuovo dritto. Ora, in questa azione tendente alla distruzione dell' opera, nulla ci ha che possa provocare la competenza amministrativa , quando però si tratti di opera non autorizzata. Questa giurisdizione eccezionale non è istituita che per pronunziare sopra determinati interessi pubblici, e non mai sopra interessi privati da individuo ad individuo. Ed invero , in tale azione non si tratta precisamente di altro, che degl'interessi privati del costruttore dell' opera , e dei proprietarî , i quali si dolgono del danno che loro cagiona o da cui sono minacciati , e ne domandano la demolizione. Non vi ha dunque in ciò verun interesse pubblico o collettivo che si trova rappresentato nel giudizio, e che sia valevole a far declinare la competenza ordinaria.

## §. CLIV.

*In caso di opera non autorizzata, il giudice amministrativo è sempre competente per giudicar la contravvenzione; ma ciò non impedisce lo sperimento dell' azione innanzi al giudice ordinario.*

371. Non ci ha dubbio, che trattandosi di opera edificata in un fiume navigabile o atto a trasporto, senza una preventiva autorizzazione, il giudice amministrativo sarebbe sempre competente per giudicar della contravvenzione, ed ordinar quindi la demolizione; ma ciò non impedisce l' esercizio dell' azione del privato innanzi al proprio giudice. In effetti, se è indubitato che chi di proprio capo edifica un' opera qualunque in un fiume navigabile o atto a trasporto, commette una contravvenzione punibile; se in questa specie di giudizio si ravvisa in tutta la sua pienezza l' interesse pubblico, il quale sta nel reprimere qualunque attentato nocivo alla destinazione essenzialmente pubblica della corrente; se quindi la repressione di un tal fatto illecito costituisce un giudizio tutto amministrativo; è però indubitato d' altra parte, che questo stesso fatto punibile dà luogo a due azioni, la pubblica e la privata.

372. La prima appartiene all' autorità amministrativa, la quale ne investe il proprio giudice, affinchè nell' interesse pubblico e collettivo della navigazione si emetta una condanna contro il contravventore. La seconda, cioè l' azione privata, è quella che appartiene ai proprietari danneggiati dal fatto illecitamente operato, e che ha per iscopo la riparazione del danno con la distruzione della sua causa. In questo caso avviene quello stesso che si verifica in ogni reato ordinario, il quale provoca necessariamente ambe le azioni. Sono esse essenzialmente indipendenti tra loro; perciocchè, sta nel pieno arbitrio del privato offeso d' intentare la propria azione pei danni in linea civile, mentre è possibile che l' autorità pubblica serbi silenzio sull' azione pubblica: e viceversa, l' autori-

tà pubblica può agire, senza che il silenzio della parte privata possa arrestarne il corso. Adunque queste due azioni possono essere aperte separatamente ed innanzi a giudici diversi, sì perchè sono tra loro indipendenti, e sì ancora perchè sono totalmente distinte per la loro natura e pel loro obbietto. Per il che è evidente, che può e deve il giudice civile, sull'azione per danni intentata dal privato, pronunziar competentemente sulla riduzione *ad pristinum* nell'interesse del danneggiato, quando trattasi di opera non autorizzata; e ciò senza ledere la giurisdizione del giudice amministrativo, il quale anch'egli può pronunziarla nell'interesse pubblico, e come conseguenza del giudizio in linea contravvenzionale.

## §. CLV.

*Nel caso di opera autorizzata amministrativamente, il giudizio dei danni si scinderebbe da quello di soppressione. Rinvio.*

373. Questo sviluppo che ho dato circa la competenza del giudice civile in ordine alla riduzione *ad pristinum* delle opere nocive, edificate nei fiumi navigabili, concerne sempre il caso delle opere non giustificate da un precedente permesso dell'autorità legittima. Quando però si trattasse di opere autorizzate, allora, rimanendo sempre inviolabile la sua giurisdizione circa la valutazione e condanna dei danni ed interessi, cesserebbe la sua competenza per ordinare la demolizione; perciocchè non potrebbe pronunziarla senza giudicare dell'atto amministrativo e della sua legalità, e senza turbare ed invadere il potere dell'amministrazione nell'esercizio delle sue funzioni. Allora il giudizio dovrebbe naturalmente scindersi, assegnando ad ambo i giudici quella parte che rientra nella propria competenza. Ma di ciò terrò più specificatamente parola nella sezione seguente, quando parlerò delle azioni di danni tra i ripuarî degli altri fiumi non navigabili nè atti a trasporto, perciocchè i principî regolatori della competenza in questa specie di giudizî, sono comuni sì all'una che all'altra specie di correnti.

## SEZIONE 3.ª

### Delle azioni e della competenza in ordine ai fiumi pubblici non navigabili, nè atti al trasporto.

§. *CLVI.* — *La legge, non già l'amministrazione è quella che attribuisce i dritti di uso su i fiumi non navigabili, nè atti al trasporto.*

§. *CLVII.* — *L'amministrazione pubblica può non pertanto regolare con atto d' imperio le condizioni di esercizio di tali usi.*

§. *CLVIII.* — *Una tra le importanti conseguenze di questi principî, è che non può sperimentarsi azione contenziosa da parte del ripuario, ma semplice reclamo amministrativo, contro tali regolamenti e contro la loro esecuzione.*

## §. CLVI.

*La legge, non già l' amministrazione è quella che attribuisce i dritti di uso su i fiumi non navigabili, nè atti al trasporto.*

374. Dovendo occuparci della competenza relativamente a questa seconda specie di fiumi, è importante far nuovamente cenno innanzi tutto di quei principî generali concernenti i dritti di uso, ed il loro regolamento, a fine di poter determinare con precisione quali ordini di quistioni possono nascerne, e tali che dien luogo a dubbî di competenza.

375. Ripeterò dunque, che i ripuarî hanno il dritto di godimento intero dei fiumi non navigabili nè atti a trasporto, come una dotazione giuridica che la legge concede indivisibilmente ai loro fondi. Sia che tali diritti utili si tengano come una specie di usufrutto legale *sui generis*, che assume il carattere della servitù prediale; sia che si considerino come dritti di superficie; sarà sempre vero, che non è già l' amministrazione quella che li concede e li attribuisce. Essi dunque godono il beneficio di sperimentare ogni maniera di azione per rivendicarne contro tutti l' uso e l' esercizio. Se tali dritti per loro essenza non sono irrevocabili, come ho notato, fino a che però non sieno in effetti rivocati in vista della utilità generale con un atto d' imperio del governo, essi avranno indubitabilmente la potestà di garentire a sè stessi questo godimento pieno accordato dalla legge, come se fossero veri proprietarî e possessori delle correnti. Quando questo atto legale di rivocazione si manifesti, allora potranno essi aver dritto alle indennità, secondo le condizioni di che ho fatto parola nella precedente Sezione: fino a quel momento, è innegabile in essi il dritto di sperimentare tutte le azioni spettanti ai proprietarî per la conservazione del loro patrimonio. Questo principio importante si trova testualmente dichiarato nella citata Circolare del 13 settembre 1809, la quale nel

suo art. 2 così dispone: « La costruzione delle macchine in tutti gli » altri fiumi non navigabili o non capaci del trasporto di zattere » o di legname, e l'uso così delle loro acque, come di tutte le » acque non perenni, non abbisogna del permesso dell'autorità pub- » blica, e non è soggetto ad altre restrizioni, se non a quelle del » dritto privato. Queste restrizioni si propongono solo di dirigere » l'uso e la distribuzione fra coloro che hanno il dritto di partecì- » parne, ed il garentire il dritto di proprietà che sulle medesime » è permesso di acquistare ».

## §. CLVII.

*L' amministrazione pubblica può non pertanto regolare con atto d' imperio le condizioni di esercizio di tali usi.*

376. Ma se l' amministrazione non concede nè attribuisce tali diritti su i fiumi non navigabili nè atti a trasporto, ha essa però una funzione importante, ch' è quella di regolare il modo di esercizio di tali usi, per contemperare l' equa distribuzione dei servigi godevoli mediante la inviolabilità del dritto di tutti. Questo potere regolamentario dell' amministrazione pubblica è una conseguenza del principio su cui poggia l' essenza dell' azione governativa, la quale opera sempre in vista degl' interessi collettivi della società. Le acque, dovendo servire precipuamente ad uno scopo di utilità generale, ricadono specialmente sotto il potere di quest' azione; ed è perciò che l' amministrazione, in virtù del suo imperio, debb' essere investita del dritto di prescrivere tutte le misure necessarie al conseguimento di tale scopo; misure le quali si manifestano sotto la forma regolamentaria. Nel dar fuori tali regolamenti, essa opera con un potere supremo, perciocchè può essa sola valutare i motivi che possono determinare la tale o tale altra specie di regole. La sua azione adunque è un' azione pubblica per sua essenza, perchè solo a lei, deputata al governo e sviluppo degl' interessi universali della

società, è data la missione di soddisfare le esigenze delle industrie agricole e manifatturiere, di cui le acque costituiscono un potente motore. È dunque parte importantissima dell' imperio delegato all'amministrazione, la missione di provvedere a questi bisogni generali e collettizi, mediante quelle misure regolamentarie che più stimi accomodate a tal fine.

377. Ond'è che la mentovata circolare del 809, nel dichiarare la esistenza giuridica dei dritti di uso, ne sottopone però lo esercizio ai regolamenti amministrativi, semprechè un interesse generale qualunque li renda necessarî. « Quando i corsi delle acque » ( essa dice nel suo art. 4 ) non navigabili, o non capaci del tra» sporto di zattere o di legnami, tocchino l' interesse di una o più » popolazioni; che questo interesse consista nell' uso delle acque, o » che riguardi il danno pubblico che potrebbe derivarne, sono an» che capaci di regolamenti amministrativi. Di tal natura sono i re» golamenti che dirigono l' irrigazione di una o più contrade; quel» li che assicurano il corso regolare delle acque relative alle chiu» se, ed alle altezze delle suddette acque, gli altri che riguardano » le disposizioni tendenti a conservare o a promuovere la sanità e » la salubrità dell' aria. È sempre libero alle autorità amministrati» ve il dettare tali regolamenti; ma dove non esistono, la natura » delle acque non sottopone ad alcuna restrizione quelli che voglio» no servirsene nei termini del dritto comune ».

## §. CLVIII.

*Una tra le importanti conseguenze di questi principj, è che non può sperimentarsi azione contenziosa da parte del ripuario, ma semplice reclamo amministrativo, contro tali regolamenti e la loro esecuzione.*

378. Or dal riavvicinamento dei due principî esposti nei due precedenti paragrafi, emergono talune conseguenze di massima im-

portanza relativamente alla giurisdizione contenziosa, ed alla competenza. Le principali possono ridursi alle seguenti:

1.° Non vi può essere luogo a quistioni possessorie o petitorie tra il Demanio pubblico e gli usuarî del fiume; perciocchè, in realtà, il Demanio è privo di ogni interesse giuridico per oppugnare ai ripuarî l'esercizio dei dritti di uso conceduti loro dalla legge, come diritti di servitù attiva sulla corrente. Il solo caso in cui il Demanio potrebbe giuridicamente essere investito di un interesse per intentare azione contro il ripuario, sarebbe quando costui non si limitasse all'esercizio del semplice dritto di uso, ma con un'opera qualunque s'impadronisse del corso del fiume, deviandolo in danno della sua pubblicità, ed in pregiudizio dei dritti dei ripuarî inferiori. Trattandosi allora di un fatto, che tenderebbe a distruggerne la qualità e l'appartenenza pubblica, vi sarebbe un eminente interesse del Demanio pubblico, il quale simboleggia e rappresenta la proprietà collettiva; ed in tal caso, la competenza in ordine alle azioni, sarebbe regolata dai principî esposti nella Sezione Prima di questo Capo.

2.° Poichè l'amministrazione è investita del dritto di dirigere le acque, per via di regolamenti, verso uno scopo di utilità generale, è evidente che quegli usuarî, i quali si credessero lesi dalla pubblicazione di tali regolamenti, non potrebbero opporsi in linea contenziosa alla loro esecuzione, affacciando una lesione dei loro dritti di proprietà. Operando l'amministrazione in virtù del suo dritto d'imperio, non è aperta altra via contro i suoi atti se non quella delle rimostranze o del reclamo innanzi a lei medesima, per meglio illuminarla, e far riformare quel regolamento da cui i ripuarî ricevono un danno qualunque; ma non si potrebbe sottoporre ad una discussione contenziosa questo atto del suo potere essenziale, e ciò pel noto principio, *ea quae sunt imperii non sunt jurisdictionis.*

3.° Da ultimo, come una conseguenza dello stesso principio risulta, che potendo l'amministrazione, in virtù dei suoi atti d'im-

perio, stabilire le condizioni ed i modi di esercizio dei diritti di uso sulle acque, può quindi impedire, in forma tutta amministrativa, qualunque uso o fatto contrario ai regolamenti da lei stabiliti; e ciò, senza che il ripuario, contro cui essa opera, possa credersi in dritto di agire in linea contenziosa. Non sarebbe questo il caso della contesa, ma del semplice reclamo amministrativo. Supponendo adunque che un ripuario abbia edificato un edifizio o abbia scavato un canale d' irrigazione, facendo una presa d' acqua, senza uniformarsi ai modi ed alle condizioni prescritte dal regolamento amministrativo, ovvero in opposizione e contravvenzione manifesta delle regole volute da tale atto ( quando però un tale regolamento vi sia ), può l' amministrazione attiva ordinare la demolizione dei lavori cominciati o compiuti, perchè essa allora agisce con un' azione d' interesse pubblico, opera in virtù del suo imperio. E se in tal caso il contravventore non eseguisse l' ordine della demolizione, potrebbe l' amministrazione pubblica farla eseguire a spese e carico del recalcitrante, senza che costui possa sospendere l' effetto della misura amministrativa con un' azione in linea contenziosa, perocchè, giova ripeterlo, *ea quae sunt imperii non sunt jurisdictionis.*

379. Stabiliti adunque questi importanti corollarî, è evidente che i soli giudizî possibili in fatto di uso di fiumi non navigabili nè atti a trasporto, son quelli che nascono dalle collisioni d' interessi reciproci ed individuali dei ripuarî, i quali possono, gli uni rispetto agli altri, nell' esercizio del loro dritto individuale, recare un pregiudizio o una lesione al dritto altrui. E tale esercizio lesivo può ingenerare due ordini principali di giudizî, che si riassumono o nelle azioni petitorie e possessorie, o in quelle relative ai danni mutuamente cagionati. Di tali ordini di quistioni tratterò separatamente, determinando per ciascuno i principî della competenza.

## ART. I.°

### Delle azioni possessorie e petitorie esercibili reciprocamente tra i ripuari.

§. *CLIX. — Le quistioni sì possessorie che petitorie circa i dritti di uso, tra i ripuarî dei fiumi non navigabili, nè atti a trasporto, sono di competenza ordinaria.*

§. *CLX. — Oscillazione nella giurisprudenza. Rescritto del 26 luglio 1838.*

§. *CLXI. — Altro Rescritto emesso secondo i veri principî di competenza, nella causa tra il Marchese Schysò ed il Comune di Taormina.*

§. *CLXII. — È mal fondato il conflitto che si promuove in tali giudizî d' interesse privato dei ripuari, poggiandosi sul motivo della pubblicità delle acque.*

§. *CLXIII. — Specialmente poi, quando il conflitto si promuova su tal motivo nella sede del giudizio possessorio.*

§. *CLXIV. — E molto più, quando si tratti del possesso delle opere di derivazione.*

§. *CLXV. — Sovrano Rescritto nella causa tra il Principe di Fondi e D. Ferdinando de Nola.*

§. *CLXVI. — Quando nel giudizio possessorio debbesi valutare o interpetrare un atto o un regolamento amministrativo, cessa la competenza ordinaria.*

§. *CLXVII. — Ma l'atto o il regolamento amministrativo, posteriore al giudizio, non può far declinare la competenza ordinaria.*

§. *CLXVIII. — Dell' azione possessoria attribuita al proprietario di una sorgente, contro i proprietarî dei fondi inferiori.*

§. *CLXIX. — Arresto della S. C. di Giustizia di Napoli, che fissa il principio della competenza in questa specie di giudizî.*

§. *CLXX. — In quali casi i proprietarî inferiori possono sperimentare l' azione possessoria contro il proprietario della sorgente.*

§. *CLXXI. — Delle azioni possessorie attribuite ai proprietarî inferiori tra loro.*

§. *CLXXII. — Nei giudizî petitorî non meno certa è la competenza dei tribunali ordinarî.*

§. *CLXXIII. — Purchè non vi sia un atto amministrativo autorizzante l' opera, o un regolamento amministrativo da interpetrare. In tali casi cessa la competenza ordinaria.*

§. *CLXXIV. — Ma l' autorizzazione amministrativa, che viola i dritti di proprietà degli altri ripuarî, non può far declinare la competenza ordinaria.*

§. *CLXXV. — Rescritto nella causa tra Losa ed il Comune di Sorrento, che consacra questo principio.*

## §. CLIX.

*Le quistioni sì possessorie che petitorie circa i dritti di uso, tra i ripuarî di fiumi non navigabili nè atti a trasporto, sono di competenza ordinaria.*

380. La importante distinzione che più volte ho cennata, circa le quistioni d'interesse pubblico, e quelle d'interesse privato, m'induce a trarne come corollario, che tutti i giudizî i quali nascono tra i ripuarî relativamente all'esercizio dei loro dritti di uso, tanto se si presentino in forma possessoria, quanto in forma petitoria, sono di esclusiva competenza del giudice ordinario. Certamente le acque, a senso della legge, costituiscono uno tra gli oggetti di pubblica amministrazione; ma non basta la sola esistenza di un tale oggetto per provocare la competenza eccezionale del magistrato amministrativo. A norma dei principî generali sposti nel Titolo preliminare, debbe aversi per fermo, che duplice è la condizione sostanzialmente richiesta per l'esercizio di questa speciale giurisdizione; vale a dire, l'esistenza di un oggetto di pubblica amministrazione, che dia occasione e nascimento alla contesa, ed un interesse pubblico che si manifesti sotto la forma di uno dei dritti in collisione. Or, se nelle contese tra i ripuarî di un fiume pubblico, ci ha indubitabilmente la prima condizione, non avviene però lo stesso della seconda; imperocchè, sotto qualunque aspetto vogliansi considerare, sempre in esse si ravviseranno meri dritti individuali, semplici interessi privati che vengono in collisione, senza potersi mai dire che in sì fatte quistioni, circoscritte nei rapporti tra ripuario e ripuario, sia inchiuso o celato un interesse pubblico qualunque. Ond'è chiarissimo che mancando quell'interesse pubblico o collettivo, manca perciò la ragione determinante che possa far declinare la competenza ordinaria.

## §. CLX.

*Oscillazione nella giurisprudenza. Rescritto del 26 luglio 1838.*

381. Non dee tacersi però che, dopo la pubblicazione della legge del 1817, le decisioni amministrative hanno spesso giudicato in un senso opposto a quello delle decisioni dei tribunali ordinarî. Prima che le mature ed elaborate discussioni del foro avessero fatto piegare la giurisprudenza amministrativa verso i sani principî, si è manifestata una tal quale oscillazione nelle quistioni di competenza. E ciò è proceduto in massima parte dal motivo, che ritenevasi come unico elemento della giurisdizione amministrativa l' oggetto di amministrazione pubblica, senza prendersi in veruna considerazione l' altro suo elemento necessario, cioè l'esistenza di un interesse pubblico. Onde bene spesso, bastava che fosse sorta quistione ad occasione di acque pubbliche, per sciogliersi i conflitti a pro della competenza eccezionale, ancorchè si fosse trattato di semplici interessi individuali e privati dei ripuarî.

382. Non credo inutile sul proposito riportare le parole di un Rescritto del 26 luglio 1838, il quale sciolse il conflitto a pro del giudice amministrativo in un' azione possessoria in materia di turbativa di acqua, pretesa di uso privato. Un tal rescritto, posto in confronto di altri emessi in epoca posteriore, intende a mostrare in qual modo la giurisprudenza amministrativa si è venuta man mano riavvicinando ai veri principî, ponendosi in armonia col vero spirito della legge del 1817. Il giudizio da cui nacque il conflitto, fu cagionato dal seguente fatto.

383. I fratelli Giovanni e Francesco Marletta trafficanti di liquirizia nel comune di Polizzi, pretendendo avvalersi di una certa quantità di acqua per animare alcune macchine di loro spettanza, sostenevano stare per essi un antico possesso. Un' urna esisteva nel Comune, da cui facevasi la distribuzione dell' acqua, ed i fratelli

Marletta asserivano ritenere la chiave dell' urna medesima per gli espurghi necessari Il comune reputava come usurpato cotesto uso di acqua che credeva di sua spettanza, e per mezzo del Sindaco e della Deputazione speciale, ne toglieva perciò esecutoriamente il possesso. I Marletta quindi volgevansi al Regio Giudice, e con azione di turbato possesso, chiedevano essere reintegrati nel loro dritto, e rimesse le cose nell'antico stato. In questo punto elevavasi un conflitto di attribuzione tra l'autorità giudiziaria e l'amministrativa. Il che diede luogo al seguente Sovrano Rescritto.

384. « Ho rassegnato a S. M. le carte relative al conflitto di » attribuzioni elevato dall' Intendente di Palermo in causa fratelli » Marletta e comune di Polizzi a cagione di azione possessoria per » turbativa, cagionata ai primi dal Sindaco del comune stesso, col » togliere loro con atto esecutivo l' uso di certa acqua di cui gode- » vano. Ho rassegnato pure a S. M. il parere in proposito emes- » so dalla Consulta dei domini al di là del Faro. E la M. S., con- » siderato che trattavasi di quistione intorno all'uso delle acque, che » *sono oggetto di pubblica amministrazione*, nel consiglio ordinario » di Stato dei 14 andante, si è degnata, uniformemente all'avvi- » so della Consulta, risolvere, che la cognizione appartenga all'au- » torità del contenzioso amministrativo. Nel Real nome, ecc. »

385. Un tal rescritto adunque, come si ravvisa dalle sue stesse parole, non per altra ragione dichiarò la contesa di competenza amministrativa, se non perchè trattavasi di acque, le quali costituiscono un oggetto di amministrazione pubblica; nè si occupò a considerare se in quel giudizio si verificasse l' altro estremo indispensabile, cioè un' interesse pubblico. Ora, altri rescritti posteriori, siccome ho detto, sono stati emessi in un senso più giuridico; ed han proclamata la competenza ordinaria in azioni possessorie tra i ripuari, come una conseguenza diretta di quel principio, che solo allora possa esservi competenza amministrativa, quando la controversia racchiuda un interesse pubblico, non già quando cada sopra interessi individuali degli usuari.

## §. CLXI.

*Altro Rescritto emesso secondo i veri principî di competenza, nella causa tra il Marchese Schysò ed il Comune di Taormina.*

386. Uno tra essi, e forse tra i più importanti, è quello emanato nel 1 decembre 1851 per un conflitto elevato a cagione di un giudizio di turbativa di possesso, operata dal Comune di Taormina contro il Marchese di Schysò, relativamente ad un canale di derivazione del fiume pubblico Alcantara. I complicati mezzi coi quali si cercò in quel giudizio declinare la competenza ordinaria, rendono necessario che quella decisione sovrana sia quì trascritta per intero; tanto maggiormente, che essa dichiarò in massima la competenza del giudice ordinario, e ciò in opposizione di due solenni avvisi della R. Consulta di Sicilia. Eccone le testuali parole.

387. » Le acque del fiume Alcantara, che versano nei terri-
» tori di Kaggi e Taormina per un canale detto Saja, animano un
» molino che al presente pertiensi al marchese Schysò, e indi dis-
» correndo inservono all' irrigazione di varie terre circostanti.

» L'autorità amministrativa, dopo aver dato in appalto le ope-
» re di manutenzione del detto canale al cavaliere Fiammingo, che
» incaricò dell' esecuzione un tal Turrisi, mettea fuori una ordinan-
» za approvata dal Governo con ministeriali dei 17 Gennaro, e 7
» marzo 1844, onde regolava e distribuiva il corso delle acque scor-
» renti in quel canale.

» Nel novembre del 1843, il marchese Schysò intentava una
» azione di turbativa di possesso contro il Turrisi innanzi il giudi-
» ce di circondario di Francavilla, allegando l' antico possesso del
» canale, e dell' uso delle acque per muovere il molino ».

» Avendo quel magistrato dichiarato la propria incompetenza,
» il Tribunale Civile di Messina innanti a cui il marchese Schysò
» produceva appello, annullava la sentenza del primo giudice, ed

» ordinava, che l' appellante fosse reintegrato nel possesso dell' ac-
» quidotto e dell' uso delle acque di cui era lite.

» L' Intendente della provincia, fatto consapevole dell' affare,
» dopo aver dichiarato, che il diffinirlo si pertinesse al potere am-
» ministrativo, elevava il conflitto di attribuzione, allegando in
» sostegno della competenza amministrativa il contratto di appal-
» to fatto dal Municipio di Taormina per la riparazione del Cana-
» le, ed il regolamento amministrativo onde distribuivasi l' acqua
» in quello scorrente. Per contrario, oppugnavasi cotal competenza,
» e sostenevasi l'ordinaria, adducendo l' antico possesso che di quel
» canale avea il marchese Schysò, e insieme dell' uso dell' acqua
» per muovere il molino, ed adducendo che il regolamento ammi-
» nistrativo è posteriore alla turbativa di possesso.

» Incaricata la Consulta di Sicilia a dare i suoi divisamenti su
» tal conflitto, essa emetteva due pareri. Nel primo dei quali av-
» visava, che i reclami che informano l' azione del marchese Schy-
» sò dovessero esser portati presso i funzionarî amministrativi, ad-
» ducendo che l' azione intentata dal marchese Schysò appartenesse
» pel suo subbietto e pel suo scopo alla competenza amministrativa;
» pel suo subbietto, implicando essa la necessaria disamina della na-
» tura delle acque, se pubbliche o private; pel suo scopo, miran-
» do indirettamente a rendere inefficaci due atti dell' amministra-
» zione, il regolamento sulla distribuzione delle acque correnti nel
» canale detto Saja, e l' atto di appalto consentito al cavaliere Fiam-
» mingo; e nell' altro avviso la Consulta medesima, dopo aver mo-
» strato, che nulla era nei nuovi documenti presentati dal marche-
» se Schysò che informasse il suo primo parere, dichiarava per-
» durarvi.

» Rassegnato ora l' affare alla sapienza del Re N. S., è stato
» osservato, la quistione non versare sulla proprietà dell' acqua, ma
» sul possesso di un canale, pel quale scorrendo l' acqua, che de-
» riva dal fiume Alcantara, muove un molino di proprietà del mar-
» chese Schysò; il giudizio del possesso di quel canale competere

» senza dubbio all' autorità giudiziaria , appunto come le apparter-
» rebbe il diffinir quello della proprietà di esso , ove si promuo-
» vesse un giudizio petitorio ; il contratto di appalto fatto dal co-
» mune non poter dispogliare il possessore del suo possesso , e non
» valer nemmanco a disvestire l' autorità giudiziaria della sua com-
» petenza : indarno invocarsi il regolamento amministrativo , come
» quello che posteriore alla lite non può far cessare la giurisdizio-
» ne che già si era impadronita della causa. Non per tanto l' au-
» torità amministrativa esser competente a regolare il corso delle
» acque del fiume , e distribuirle tra possessori finitimi ; e se non
» può privare dell' uso dell' acqua il proprietario del molino che ne
» ha legittimamente usato , aver facoltà a soprintendere , che non
» sia distratta dal fiume maggior quantità di acqua che sia neces-
» saria a muovere il molino , e poterlo obbligare a restituirla nel
» fiume , poichè se n' è servito per quell' uso : talchè se egli de-
» stina l' acqua ad altro uso , o la venda , aver l' autorità ammi-
» nistrativa dritto d' impedirne la derivazione dal fiume.

» Per le quali considerazioni la Maestà del Re N. S. , unifor-
» memente al parere del consiglio dei Ministri , si è degnata di-
» chiarare nel consiglio ordinario di Stato del primo dicembre 1851,
» che nella causa di che trattasi , cioè di turbato possesso del ca-
» nale , e dell' uso delle acque per muovere il molino , sia compe-
» tente l' autorità giudiziaria, salvo ai possessori delle terre che han
» potuto usare per l' irrigazione di quel canale , e di quelle acque,
» poichè l' uno e le altre son servite al movimento del molino , di
» sperimentare le loro azioni innanti a chi , e come di dritto. Nel
» Real nome , ecc. »

388. Ecco adunque una solenne decisione di massima, la quale fa omaggio al principio generale , che soli giudizî d' interesse pubblico sulle acque , son quelli che versano sulla qualità ed appartenenza di esse ; ma che tutti gli altri, i quali cadono su i dritti rispettivi di uso dei ripuarî, nei loro rapporti privati ed individuali, e ciò sì nel petitorio che nel possessorio , rientrano nella esclusiva

competenza ordinaria. La quale massima è stata anche proclamata da un altro rescritto del 13 agosto 1851 tra il Principe di Fondi e de Nola, che trascriverò più sotto.

## §. CLXII.

*È mal fondato il conflitto che si promuove in tali giudizî d'interesse privato dei ripuarî, poggiandosi sul motivo della pubblicità delle acque.*

389. Chiarissima è la conseguenza che ne conseguita. Mancano al tutto di fondamento i conflitti che in tali giudizî di privato interesse si elevano dall' autorità amministrativa, per declinare la giurisdizione del giudice civile; e la pratica tenuta costantemente sin'oggi, debbe emendarsi in virtù delle succennate decisioni. E quando parlo dei conflitti, intendo altresì parlare delle eccezioni che nello stesso senso, e per lo stesso scopo, si producono dalle parti nel corso del giudizio. Tali conflitti e tali eccezioni si poggiano ordinariamente, sia sul principio assoluto della pubblicità delle acque, sia assumendo la necessità di esaminarsi preliminarmente la natura delle acque medesime: sì nell' un caso, che nell' altro, la pratica è sempre erronea. Nel primo, perchè ho detto non bastare la qualità di cosa pubblica, per declinare la competenza ordinaria, ma richiedersi l' altro estremo sostanziale di un interesse pubblico nel giudizio. Nel secondo, perchè una tale quistione è sempre estranea all' oggetto del giudizio, e quindi non è nè pertinente, nè concludente. In effetti, questa pretesa necessità di esaminare pregiudizialmente il carattere del fiume o dell' acqua, è respinta dalla distinzione fatta in altro luogo tra la natura del fiume ed i dritti che i ripuarî possono esercitarvi. Son questi due campi di contesa del tutto diversi e separati da limiti fissi ed invariabili: una quistione risguardante i semplici dritti di uso, nei rapporti privati dei ripuarî, non può trasportarsi ed involgersi sotto la forma di una

quistione pregiudiziale sulla natura delle acque, il cui esame a nulla mena, poichè *frustra probatur quod probatum non relevat.* Un tale esame potrebbe in realtà dirsi pregiudiziale, quando si assumesse la navigabilità o attitudine al trasporto della corrente; perchè allora da questo esame appunto dipenderebbe la esistenza o inesistenza dei dritti di uso dei ripuarî. Ma quando si tratti di fiumi semplicemente pubblici, senza esser però nè navigabili nè atti a trasporto, è incontrastabile che niuno potrà negare ai ripuarî l'esercizio dei dritti di uso sulle loro acque. Onde riesce evidente che in questo caso, un tale esame manca assolutamente del carattere di preliminare e di pregiudiziale; che anzi è ozioso ed estraneo, perchè non concludente, nè necessario; e che quindi cade l' oggetto del conflitto.

## §. CLXIII.

*Specialmente poi, quando il conflitto si promuova su tal motivo nella sede del giudizio possessorio.*

390. Specialmente, il conflitto, ed anche l' eccezione della parte, diventa inconcludente e senza fondamento, quando si produca nei giudizî possessorî tra i ripuarî. Non avendo altro oggetto l' azione possessoria tra i ripuarî, se non il possesso coi danni ed interessi che possono risultare dalla turbativa, e ciò senza che un tal possesso leda per nulla la proprietà pubblica della corrente, è evidentissimo che l' autorità amministrativa non può regolarmente arrestare il corso di quest' azione giudiziaria elevando il conflitto, sul pretesto che la contesa sia cagionata da una cosa di pertinenza del demanio pubblico; perciocchè, lo ripeto, nulla ha di comune la qualità ed appartenenza della riviera, le quali rimangono illese ed intangibili, con le quistioni sull' esercizio rispettivo dei dritti di uso dei ripuarî.

391. Ciò costituisce un punto di dottrina costantemente segui-

to dalla giurisprudenza del Consiglio di Stato in Francia, il quale con moltiplici arresti ha dichiarato in massima, che le azioni possessorie, del pari che le quistioni di proprietà, sono di competenza dei tribunali; e che quindi non sievi luogo ad elevare un conflitto pel motivo che la cosa da cui nasce la contesa, fosse una pertinenza pubblica. Notevolissimi sono fra gli altri due arresti del 24 gennaio e 19 decembre 1827 (1), con l'ultimo dei quali si dichiara la competenza del giudice di pace in un'azione possessoria intentata da un ripuario contro l'appaltatore dell'amministrazione pel passaggio dei battelli nella Loira. Questa circostanza è gravissima, e rende manifesto sino a qual punto si è colà seguito il rigore dei principî; perchè il fatto della navigabilità del fiume si è ritenuto come insufficiente a far declinare la competenza ordinaria.

## §. CLXIV.

### *E molto più, allorchè si tratti del possesso delle opere di derivazione.*

392. Maggiormente poi riuscirebbe ozioso ed inopportuno il conflitto per pubblicità delle acque, quando l'azione possessoria avesse precipuamente per obbietto il possesso delle opere di derivazione, ossia di quei canali che i ripuarî formano su i proprî fondi, ad oggetto di allacciare un volume di acqua per la irrigazione o per animare gli opificî idraulici. Perciocchè in tal caso, che cosa mai può esservi di comune tra la pubblicità delle acque (che forma il pretesto perpetuo con cui si cerca declinare la competenza ordinaria) ed il possesso di tali opere di derivazione? E come mai può dirsi allora preliminare e pregiudiziale la quistione sulla qualità pubblica della riviera? — La presunzione *juris*, che attribuisce la proprietà dell'aquedotto allo stesso proprietario del fondo su cui è ca-

(1) Journ. du Pal. *Jurisp. Adm.* anno citato.

vato, attribuisce ad esso la qualità di cosa privata: dal che deriva come conseguenza inevitabile la competenza del giudice civile nel giudizio possessorio. Questa presunzione è fondata sulle disposizioni delle leggi civili, le quali nell'art. 446 dichiarano, che i condotti addetti a portare le acque in una possessione qualunque, si reputano far parte del fondo cui sono annessi. E se una tale presunzione rimane ferma sino ad una regolare pruova in contrario, da farsi nella competente sede, cioè nel giudizio petitorio, come mai dunque in un azione possessoria sopra una cosa presunta giuridicamente privata, non dovrebbe esclusivamente giudicare il giudice ordinario?

393. Ciò risulta testualmente dal riportato rescritto emesso nella causa tra Schysò ed il comune di Taormina; perciocchè l'azione *reintegrandae* fu intentata dal primo, precisamente per una turbativa commessa dal secondo, il quale affacciando un preteso dritto dominicale sull'aquedotto del Marchese, se ne impadronì e dispose talune opere di manutenzione. Ed il conflitto fu poscia elevato sul consueto pretesto, che in quel canale immettevansi le acque del fiume pubblico: ragione che fu da quel sovrano rescritto dichiarata inefficace a declinare la giurisdizione del giudice civile.

## §. CLXV.

### *Sovrano Rescritto nella causa tra il Principe di Fondi e D. Ferdinando de Nola.*

394. Ed è poi anche confermato un tal principio dall'altro rescritto del 13 agosto 1851, emesso nella causa del Principe di Fondi contro D. Ferdinando de Nola. Son tali le circostanze di quel giudizio possessorio, che meritano di essere quì riportate a conferma di quanto abbiamo detto sinora in ordine alla competenza.

395. Ferdinando de Nola, possedendo un fondo limitrofo al canale detto di *Bottaro*, che conduce le acque del Sarno a talune macchine idrauliche del Principe Fondi, pensò costruire un muli-

no, e quindi rivestirsi dei diritti di ripuario sulle acque di detto canale. Il principe di Fondi, avendo titoli che dimostravano essere il suddetto canale di sua proprietà, credè doversi opporre, e provocò dal tribunale una inibizione giudiziaria, intentando l'azione di turbato possesso. Il de Nola allora adì l'Intendente, acciò avesse elevato un conflitto di attribuzione; e sostenne, che quantunque il canale fosse stato proprietà del Principe, pure le acque che in essa scorrevano erano pubbliche; imperocchè derivavano dal demaniale fiume Sarno. In appoggio di ciò disse che una pruova certa di questa pubblicità delle acque fluenti nel canale, si aveva dal che la commissione feudale le considerò in una sua decisione come parte dell'intero fiume. L'Intendente sentì l'avviso del Consiglio, da cui furono elevate le seguenti quistioni: 1.° È competente il potere giudiziario per nunciazione di nuova opera, che ha correlazione a qualche oggetto della pubblica amministrazione, e la interessi direttamente o indirettamente? 2.° È della competenza del potere giudiziario l'azione possessoriale, se l'oggetto posseduto sia nella classe di quelli che appartengono all'amministrazione pubblica e la interessano? 3.° Se nell'esercizio dell'azione possessoriale si eccepisca l'incompetenza del potere giudiziario, asserendosi che la cosa posseduta sia oggetto di pubblica amministrazione, è competente il potere giudiziario a definire se la cosa sia di pubblica amministrazione o di privato interesse? 4.° Nel canale Bottaro si può ritenere, che il condotto sia una cosa privata, anche nel caso che l'acqua fluente per lo stesso fosse pubblica, e per conseguenza non cader dubbio sulla natura privata del medesimo, ossia del recipiente dell'acqua, e poter formare oggetto di competenza del potere giudiziario, senza precedere la definizione del potere amministrativo sulla natura del detto recipiente?— In tali quistioni quel Consiglio variamente opinò. In quanto alla prima, citò primamente la leg. 1 §. 17 *De oper. novi nunt.* ec., quindi il Rescritto de' 9 Ottobre 1839, col quale è stato espressamente sanzionato, che pel giudizio di nunciazione di nuova ope-

ra debba procedere l' autorità giudiziaria , e che l' autorità amministrativa sia competente soltanto per verificare se la cosa sulla quale si esegue l' opera sia pubblica o privata. — Sulla seconda , si fece ad invocare l'art. 3 della leg. de' 21 marzo 1817, e conchiuse col dire , che le azioni possessoriali di mantenimento e reintegrazione interessano direttamente l' amministrazione pubblica ; e quindi in forza degli art. 6, 9 della stessa legge, debbansi riguardare di competenza amministrativa ( Veggasi il Rescritto de' 29 Luglio 1838 ) — Sulla terza, quel consiglio invocò a fondamento del suo avviso il sovrano rescritto del 10 Marzo 1820 , non che quello dei 9 Ottobre 1839; e sostenne , che il definire se un oggetto sia pubblico o privato è sempre del potere amministrativo , il quale ha la tutela delle cose pubbliche; e quindi se in un giudizio civile si eccepisca la pubblicità della cosa , deve desistersi dal pronunziare dal magistrato civile e rimettersi l' affare al potere amministrativo. E poichè il tribunale , sulla eccezione del de Nola intorno alla pubblicità delle acque del canale , lo avea dichiarato burgensatico , ed avea quindi confermato con la sua sentenza l' inibizione pronunziata dal Regio giudice, per tal motivo quel Consiglio disse da ultimo, che il tribunale non poteva giovarsi , per sostenere la sua competenza , dell' art. 9 della legge sulla feudalità , il quale definisce burgensatici gli acquedotti che animano le macchine degli ex-feudatarî , perocchè questo esame deve farsi dal contenzioso amministrativo ; ed oltre a ciò , che una sentenza della Commissione feudale avea dichiarato, doversi decidere dal potere amministrativo delle quistioni che interessano il Sarno e le sue ramificazioni , di cui una potrebbe essere riguardata quel canale. — Sulla quarta poi esso invocò la legge 1 , §. 8 , ff. *De fluminibus* , e disse , che poichè i canali per cui scorrono le acque pubbliche debbonsi riguardare pubblici , ancorchè fossero manofatti , così il canale Bottaro , quantunque fatto dal Principe di Fondi , esser pubblico perchè contenente acque pubbliche. E però l'azione possessoriale , ritenuta dal tribunale di sua competenza , anche se si volesse riguardar come

pertinente al solo canale, sarebbe di competenza amministrativa. — Laonde, per tutte sì fatte ragioni che io ho quì enunciate in modo sommario, qnel Consiglio fu di avviso: — Che la nunciazione di nuova opera, essendo di competenza del potere giudiziario, doveva ritenersi e garentirsi quella fatta pel proseguimento della costruzione del molino dal Nola; Che non essendo del potere giudiziario la competenza del giudizio possessoriale sul canale Bottaro, tanto in riguardo alle acque che al condotto, doveva il signor Intendente per l' esatta osservanza nelle leggi, elevare conflitto di giurisdizione per la sola parte che riguarda il giudizio possessoriale sul canale anzidetto. — Elevato perciò il conflitto, il Principe Fondi se ne dolse, ed appellatone al Consiglio di stato, fu emesso il seguente Rescritto.

396. « Nella specie è stato osservato, che il conflitto in esa- » me trae origine da un' azione di turbativa di possesso, e che si » limita a voler conservato agli attori, a fronte di altro privato, » il possesso di quel volume di acque, ove lo abbiano, senza che » abbia da guardarsi al titolo, se non in quanto possa influire alla » dimostrazione del possesso; — Che in questa azione, meramente » possessoriale, non cade in disputa la natura delle acque anima- » trici, se di pubblica o privata proprietà; e però manca ogni ele- » mento d' interesse per l' amministrazione pubblica, che sarebbe » la sola base della competenza amministrativa, che l'Intendente ha » inteso sostenere nel suo atto di elevazione del conflitto; — Che » d' altra parte, la quistione concernente la natura delle acque, » quando venisse in mezzo, costituirebbe un giudizio in petitorio, » il quale interessando essenzialmente l' amministrazione pubblica, » ricadrebbe nella competenza amministrativa, e tal giudizio in pe- » titorio sta per sè stesso, e rimarrebbe intero in qualunque modo » il giudizio possessoriale finora intrapreso fosse per compiersi. — » Per tali considerazioni, la M. S., uniformemente all' unanime » parere del Consiglio di Stato, ritenuta la natura possessoria del- » l' attuale azione intentata da' signori di Fondi contro D. Ferdi- » nando di Nola, si è degnata dichiarare la competenza de' giudici

» ordinarî. — Nel Real Nome lo partecipo, ecc. — Napoli 13 Ago-
» sto 1851 ».

397. Questo rescritto fissa adunque con la massima nitidezza i veri principî determinanti la competenza in materia di acque, e toglie quella fluttuazione e quella incertezza che precedentemente s'incontrava nella giurisprudenza amministrativa. In forza di questa sovrana decisione, e dell' altra contenuta nel Rescritto per la causa Schysò, possiamo ritener come regole ferme ed invariabili tutte quelle da me sviluppate nei varî paragrafi di questa Sezione, e che si riassumono nei seguenti capi. 1.° In materia di acque non navigabili nè atte a trasporto, soli giudizî d' interesse pubblico, e quindi di competenza amministrativa, son quelli che versano sulla qualità ed appartenenza di esse; 2.° Tutti gli altri che nascono tra i ripuarî per l' esercizio dei loro dritti di uso, sia in linea possessoriale, sia petitoriale, sono d' interesse privato, e perciò di competenza ordinaria; 3.° È mal fondato un conflitto in questa specie di giudizî, elevato sul pretesto della pubblicità delle acque, ovvero su quello di doversi preliminarmente e pregiudizialmente esaminare se sieno esse pubbliche o private; 4.° da ultimo, è assai più mal fondato poi, allorchè il giudizio agitato tra i ripuarî versi propriamente sul possesso o sull' appartenenza delle opere di derivazione.

## §. CLXVI.

### *Quando nel giudizio possessorio debbesi valutare o interpetrare un atto o un regolamento amministrativo, cessa la competenza ordinaria.*

398. Se non che, tali rigorosi principî di competenza soffrono una eccezione in un solo caso, vale a dire allorquando l' azione tanto in forma possessoria, che in forma petitoria, renda necessaria la valutazione o interpetrazione di un atto amministrativo. Sa-

rebbe allora declinata la competenza ordinaria, non già in ragione della pubblicità della cosa da cui nasce la contesa, bensì a causa dell' atto amministrativo, la cui valutazione sfugge al giudice civile. Così, se quegli contro cui si agisce in possessorio, allegasse in sua difesa di essere stato autorizzato amministrativamente a costruire l' opera che ha dato origine al giudizio, sarebbe allora il caso della declinatoria, perciocchè non è in potestà del giudice ordinario conoscere e valutare gli atti dell' amministrazione, e pronunziare in un modo diverso o contrario a ciò ch' essa ha prescritto o autorizzato: ond' è che il giudice civile sarebbe incompetente per giudicare sull' azione possessoria, tendente ad ottenere la sospensione o distruzione delle opere autorizzate. Così del pari, se l' azione desse luogo ad una interpetrazione di un regolamento amministrativo, che stabilisse le norme ed i modi di esercizio dei diritti di uso sulle acque, ad oggetto di conoscere se i contendenti siensi uniformati alle condizioni da esso prescritte, cesserebbe eziandio la competenza del giudice ordinario, comechè trattisi di un giudizio d' interesse privato ed individuale dei ripuarî; perciocchè al solo giudice amministrativo è data la facoltà d' interpetrare gli atti dell' amministrazione attiva, nè potrebbe ciò farsi dal magistrato ordinario, senza violare il principio di separazione e d' indipendenza dell' una gerarchia rispetto all' altra.

## §. CLXVII.

*Ma l' atto o il regolamento amministrativo, posteriore al giudizio, non può far declinare la competenza ordinaria.*

399. Ma una tale eccezione debb' esser circoscritta nei suoi veri e legali confini. L' atto o il regolamento amministrativo, che fosse soggetto a valutazione o ad interpetrazione, darebbe luogo alla declinatoria del foro ordinario, quante volte avesse una esistenza giuridica antecedentemente all' azione intentata; ma non già

quando fosse emesso dopo che il giudice civile siesi impossessato del giudizio. In tal caso, l'atto o il regolamento posteriore non potrebbe aver virtù di spogliarnelo; e sarebbe assurdo e pericoloso attribuire ad esso tale efficacia, perciocchè sarebbe allora in balìa dell'amministrazione di sospendere ed interrompere, con tal mezzo, il corso e l'esercizio della giurisdizione ordinaria, sempre che a lei tornasse a grado. La qual pratica implicherebbe anche di necessità la violazione di quel salutevole principio di reciproca indipendenza tra le due gerarchie.

400. Questo limite, entro cui va ristretta la eccezione di che fo parola, è stato testualmente stabilito e dichiarato dal cennato sovrano rescritto nella causa tra Schysò ed il comune di Taormina. Il giudizio per turbativa di possesso fu intentato dal primo contro il secondo nel 1843, ed ebbe per oggetto la reintegra nel possesso di un canale dello Schysò, che dal comune pretendeasi di uso pubblico. Intanto, circa un'anno dopo, e propriamente nel gennaio e marzo 1844, e quando già il giudizio era in corso, emettevasi dall'Intendente della provincia di Messina un regolamento, con cui stabilivansi i modi e le forme per la distribuzione delle acque fluenti in quel canale. Pronunziata poscia dal tribunale civile una sentenza in grado d'appello nel 13 luglio 1847, con cui si dichiarava la competenza ordinaria, l'autorità amministrativa elevava un formale conflitto di attribuzione, poggiandosi, fra gli altri motivi, sulla esistenza del regolamento circa la distribuzione di quelle acque. Or quel rescritto, nello sciogliere il conflitto a pro del magistrato ordinario, rigettava nitidamente questo principal fondamento di quella ordinanza di conflitto; e rendendo omaggio ai veri principî regolatori della competenza, dichiarava « in» darno invocarsi il regolamento amministrativo, come quello che, » posteriore alla lite, non può far cessare la giurisdizione che già » si era impadronita della causa ».

## §. CLXVIII.

*Dell' azione possessoria attribuita al proprietario di una sorgente, contro i proprietarî dei fondi inferiori.*

401. Fermati così i principî direttivi della competenza rispettiva, in ordine alle azioni possessorie o petitorie che sorgono tra i ripuarî nel loro interesse reciproco, non sarà inutile determinare a quali condizioni giuridiche tali azioni, in ispecialtà le possessorie, possono aver luogo tra essi. Un tale esame si rende tanto più necessario, in quanto che frequenti sono le collisioni d'interessi, specialmente tra i proprietarî confinanti con le piccole riviere, per diffinire i loro dritti. Sul quale proposito, gioverà distinguere quelle azioni nascenti tra il proprietario della sorgente ed i proprietarî sottostanti, da quelle che possono aver dritto d'intentare questi ultimi tra loro: distinzione che trova il suo natural fondamento nella differenza dei dritti e della qualità attribuiti dalla legge al primo, nei suoi rapporti coi secondi.

402. È innegabile la differenza che intercede tra il proprietario nel cui fondo una corrente ha la sua scaturigine, e coloro i cui territorî sono costeggiati o attraversati dalla corrente medesima. Quegli che possiede la sorgente, ha su di essa un dritto di proprietà speciale, il quale, se non comporta, attesa la natura mobile e fuggevole dell' acqua, quel dominio assoluto di cui è suscettiva ogni altra cosa mobile o immobile capace di possesso o proprietà privata, è non pertanto un dritto di cui gode come *proprietario* dell'acqua, potendone usare ad arbitrio, a norma dell'art. 563 ll. cc.; in guisa che, non potrebb' esserne privato, anche per pubblica utilità, siccome ho altrove notato, senza una corrispondente indennità. All' opposto, i ripuarî al di sotto della sorgente, non sono che semplici *usuarî* dell'acqua costeggiante o attraversante i loro terreni. La qual differenza di qualità, ne produce una

essenzialissima nei dritti rispettivi; perciocchè, mentre il primo ne gode a titolo incommutabile di dominio, i secondi non ne godono che a titolo precario di uso.

403. Dal che deriva la conseguenza diretta, che il proprietario della sorgente può fare giuridicamente tutto ciò che intende all'esercizio e conservazione di questo suo godimento pieno dell'acqua, fino a che essa rimane nel suo fondo: ed i ripuarî inferiori non possono fare veruna cosa che impedisca o minori questo suo dritto, o che abbia per oggetto di stabilire una qualunque servitù sul fondo di lui. Ove ciò facessero, avrebb' egli indubitabilmente il beneficio dell' azione possessoria, per mantener libero il fondo e l' acqua da qualunque servitù.

404. Così, ponghiamo che, avendo il proprietario della sorgente scavato dei piccioli canali nel proprio fondo per irrigarlo in tutta la sua estensione, un altro proprietario inferiore venisse ad ostruirli per godere in maggior copia delle acque che traversano il suo terreno; in simil caso, potrebbe a buon diritto il primo intentare l' azione per turbativa contro il secondo, ad oggetto di far reprimere questa via di fatto, che attenta al legittimo possesso dell' acqua, di cui egli gode a titolo di domino. Avverrebbe lo stesso in tutt' i casi, nei quali il proprietario inferiore tentasse far delle opere qualunque sul fondo del proprietario della sorgente, nel fine di facilitare la caduta delle acque che vi colassero naturalmente. In tutti questi casi non può ravvisarsi che una via di fatto illecita, contro il possesso civile di cui è investito il possessore della sorgente; via di fatto che tenderebbe ad imporre una servitù, la quale non può essere stabilita senza il consentimento espresso o presunto di lui.

## §. CLXIX.

*Arresto della S. C. di Giustizia di Napoli, che fissa il principio della competenza in questa specie di giudizio.*

405. Importante a mio credere è un arresto emesso dalla Suprema Corte di giustizia di Napoli, in un giudizio mosso appunto dal proprietario di una sorgente, contro i proprietarî inferiori. Con tal decisione, mentre si fermano con molta nitidezza i dritti dominicali attribuiti a colui che ha una sorgente nel proprio fondo, si rigettano contemporaneamente le eccezioni d' incompetenza, che in quel giudizio si promossero per declinare il foro ordinario.

406. La specie che diede luogo all' arresto, fu la seguente. D. Francesco Buchi, in comune di Rodi, era possessore di una sorgente, che scaturiva in un suo fondo posto ad agrumi, e che, dopo averlo intersecato, s' inoltrava e scendeva in altri poderi di diversi proprietarî. Taluni fra costoro idearono trarre il maggiore beneficio possibile da quella corrente, e con tale scopo fecero sul limitare del fondo di Buchi alcune opere onde venisse deviata l'acqua, di cui un deputato faceva la distribuzione a molti proprietarî convicini. Il primo Eletto del comune stesso si arbitrò di farne la ripartizione a tutti, sull' appoggio di un regolamento approvato dall' Intendente, col quale si dichiaravano pubbliche tutte le acque perenni, che sorgevano nel territorio comunale, e si escludeva ogni cittadino dal vantarvi dritto di privativa. — Nel 1838 il Buchi istituì giudizio contro il Comune, affinchè il tribunale avesse dichiarato libero il suo fondo dalla servitù che gli era stata imposta, e venisse vietata al 1.° Eletto la distribuzione di quelle acque, di cui egli godeva a titolo di dominio, perchè sorgenti nel suo proprio fondo. Una sentenza contumaciale del dì 8 aprile 1839 ordinò una perizia ed una prova testimoniale, ad oggetto di veri-

ficare se le opere fatte per deviare l'acqua erano terminate da più di 30 anni. In grado di opposizione, il Comune ed i proprietarî convicini reclamarono la competenza del potere amministrativo; ma il tribunale, senza arrestarsi alla eccezione d'incompetenza, confermò la contumaciale. Dietro appellazione del Comune e dei vicini, una decisione del 17 aprile 1846 confermò la sentenza appellata, sulle seguenti considerazioni — » L'attore sostiene potere impedire le nuove opere fatte per regolare il corso delle acque, che dice sorgere nel suo fondo. Questa azione è diretta ad ottenere la dichiarazione della libertà del fondo, da quella servitù che i vicini vogliono praticarvi con l'esercizio delle opere visibili atte ad agevolare il declivio delle acque. Guardata così la domanda, la competenza è del potere giudiziario. La circostanza che il comune è interessato nella causa e vanti l'uso di quelle acque, non è bastevole a distruggere la competenza del potere ordinario. È scritto nell'art. 5 della legge del 21 marzo 1817, non appartenere giammai al potere amministrativo l'esame ed il giudizio delle azioni tendenti ad ottenere la libertà dell'immobile, tutto che vi fosse interessata la pubblica amministrazione. Appartengono è vero al potere amministrativo le controversie che insorgono sulle acque di appartenenza del demanio pubblico, giusta l'art. 7 della detta legge; ma la specie è ben diversa. Si aggiunge, che se il comune ha l'uso dell'acqua sorgente nel fondo privato, ciò non la rende pubblica, ec. ».

407. Contro una tale decisione fu prodotto ricorso per annullamento per varî capi; e la Suprema Corte, esaminando innanzi tutto la quistione di competenza, ecco per quali gravi considerazioni rigettò il ricorso « Considerando, che la competenza del- » l'autorità del contenzioso amministrativo, ragguardata sotto il tri- » plice aspetto dell'azione istituita, della materia, e delle perso- » ne, sia sotto tutt'i rapporti mal reclamata; — Che, quanto al » primo, la domanda fu proposta dal signor Buchi in linea di a- » zione negatoria. Egli sostenne, che nel suo fondo evvi una sor-

» gente di acqua, e che i vicini pretendevano far delle opere vi-
» sibili dentro il suo fondo, per deviarne l'acqua, e portarla ad
» irrigare i fondi vicini piantati di agrumi. Aggiunse che il pri-
» mo Eletto del Comune, qualificandosi deputato dei vicini, erasi
» incaricato della distribuzione delle acque. Conchiuse dichiararsi li-
» bero da qualunque servitù il suo fondo, la sorgente, e l'acqua
» mentre esiste nel suo giardino; — Che di sì fatta azione reale,
» diretta ad asserire la libertà di un immobile, non possa cono-
» scere l'autorità incaricata del contenzioso amministrativo, ancor-
» chè vi sia interessata l'amministrazione pubblica o lo stato, è
» definito scolpitamente dall'art. 5, n. 1 della legge sul conten-
» zioso amministrativo del 21 marzo 1817; — Che, sotto il se-
» condo rapporto, la cosa è la stessa. Ed in vero sta in fatto,
» che la sorgente dell'acqua esista nel fondo dell'attore. Tanto e-
» gli asserì, con la domanda in conciliazione innanzi al consiglio
» d'intendenza. Tanto il consiglio dichiarò nell'ordinare il rilascio
» del verbale di non seguita conciliazione. Tanto si raccoglie dal
» certificato dello stesso comune e dei decurioni, allorchè, soste-
» nendosi l'incompetenza del tribunale ordinario, si dichiarò che
» l'acqua scaturisse dal fondo del signor Buchi. Ciò ritenuto, se il
» comune s'incarica della distribuzione delle acque, allorchè esco-
» no dal fondo dell'attore, questa circostanza non riguarda l'at-
» tore, ma i vicini; e quindi mal si oppone all'attore il regola-
» mento municipale sulla distribuzione delle acque. L'attore, pel
» disposto dell'art. 563 ll. cc., può usare ad arbitrio dell'acqua,
» perchè sorge nel suo fondo. Non osta che l'acqua è necessaria
» ai fondi vicini, e l'attore non possa deviarla per la disposizio-
» dell'art. 565 ll. cc. Imperciocchè, non è quistione di essersi de-
» viato il corso dell'acqua per opera dell'attore. Non trattasi di
» acqua del pubblico demanio, giusta l'art. 463, perchè essa sor-
» ge nel fondo di un privato. Non si è detto che i vicini abbia-
» no, o per titolo o per prescrizione, acquistato dritto sull'ac-
» qua, mentre è nel fondo dell'attore, giusta il secondo comma

» dell' art. 563; ed ove si fosse dedotto, ciò appartiene al me-
» rito della causa, e non alla competenza, e la quistione del me-
» rito è tuttavia pendente. — Che finalmente, sotto il terzo rap-
» porto delle persone, la conseguenza è la stessa. L'attore non ha
» citato il comune per un' azione personale, diretta contro il me-
» desimo. L' azione è reale, come quella di revindicazione, ed è
» diretta contro i vicini. Il comune è stato chiamato in giudizio
» come un procuratore dei vicini, incaricato della distribuzione del-
» l' acqua. Lungi adunque ogni idea di censura per l' incompeten-
» za (1) ».

## §. CLXX.

*In quali casi i proprietarî inferiori possono sperimentare l' azione possessoria contra il proprietario della sorgente.*

408. Di quì, non pertanto, non potrebbe derivar come conseguenza, che i proprietarî inferiori alla sorgente, i cui fondi sono attraversati o costeggiati dal corso d' acqua, non possano anch' essi avere il beneficio di un' azione possessoria contro il proprietario della sorgente medesima. Se è vero che questi ne gode nella qualità di domino; se può, con tal qualità, usarne ad arbitrio, ed impedire la imposizione di qualunque servitù, da parte dei proprietarî inferiori, sull' acqua che si aggira nel suo fondo; se quindi questi ultimi, comparativamente a lui, non godono del possesso della corrente ch' esce dal suo fondo, se non a titolo puramente precario, non acquisitivo per sè stesso di alcun dritto; non lascia però di esser men vero, che questo suo dominio ed i correlativi diritti ricevono una limitazione, tutte le volte che per qualche fatto o per qualche atto, il godimento precario dei proprietarî inferiori abbia acquistato il carattere di un possesso civile o di un di-

(1) V. Gazzetta dei Tribunali, n. 218, anno III.

ritto giuridicamente esercibile. La qual cosa si verificherebbe nei seguenti casi:

1.° Quando il proprietario inferiore potesse esibire un titolo qualunque di concessione, in virtù del quale fosse a lui assicurato il dritto di trasmissione delle acque, che scaturisono dalla sorgente del proprietario superiore ( art. 563 ll. cc. ).

2.° Quando, in mancanza di un titolo, il suo godimento dell' acqua fosse continuato con un possesso continuo di anni trenta: il qual periodo richiesto per la prescrizione acquisitiva del suo diritto, non sarebbe computabile, se non dal momento in cui avesse terminato delle opere visibili, fatte per facilitare il declivio ed il corso delle acque nel proprio fondo ( art. 563 e 564 ll. cc. ).

3.° In mancanza di titolo o di prescrizione, quando l' acqua possa essere di un uso necessario ai proprietari inferiori ( art. 565 ll. cc. ). La dimostrazione di questa necessità, ingenera in essi un dritto a pretenderla, salvo la competente indennità da pagarsi al proprietario della sorgente.

409. In tutti questi casi è evidentissimo, che il proprietario inferiore può godere del beneficio dell' azione possessoria, per esser manutenuto nel suo possesso; perciocchè il titolo precario si è allora tramutato in un dritto giuridico di godimento, che limita e circoscrive il dominio pieno attribuito al proprietario della sorgente. Laonde, ove costui, in sì fatti casi, volesse deviare il corso della corrente, in opposizione allo stato attuale delle cose, potrebbesi legalmente sperimentare contro di lui il beneficio dell' azione possessoria per impedirnelo. Ed ove anche mancassero tutte e tre le condizioni ora enunciate, sarebbe del pari ammissibile l' azione possessoria contro di lui, quando il proprietario inferiore avesse fatto e terminato delle opere visibili nel fondo stesso della sorgente, ed avesse goduto per lo spazio di un anno compiuto e continuo del corso d' acqua, in forza di tali opere: allora il suo godimento acquisterebbe incontrastabilmente il carattere di possesso civile, manutenibile per le vie giudiziarie.

## §. CLXXI.

*Delle azioni possessorie attribuite ai proprietarî inferiori tra loro.*

410. Meno dubbioso è poi lo sperimento dell' azione possessoria, allorchè il proprietario inferiore si consideri non più nei suoi rapporti col proprietario della sorgente, ma in quelli che ha con gli altri proprietarî inferiori, sia fronteggianti, sia collaterali. Ragguardati tra loro, tutti i proprietarî inferiori, costeggianti i due lati di una corrente, hanno un egual diritto di uso sull' acqua, secondo l' ordine e la posizione progressiva dei loro terreni. Lo stato di precarietà in cui si trovano a fronte del proprietario della sorgente, sparisce nelle loro relazioni reciproche, per darsi luogo ad un vero diritto incommutabile, protetto e garentito da tutti quei mezzi giudiziarî che intendono alla conservazione dei dritti di proprietà. Stante adunque sì fatta parità di dritto in ciascuno, l'azione possessoria debb' essere ammessa tra loro, tutte le volte che l' un d' essi, innovando lo stato antico dei luoghi, arrechi una turbativa qualunque all' uso delle acque, di cui l' altro trovasi nel possesso civile.

411. Così, se uno dei ripuarî, con innovazione all' antico stato, praticasse nel suo fondo tali cavamenti o tali opere da assorbire una quantità di acqua notabilmente più voluminosa di quella di cui prima godeva, in guisa da diminuire quel volume rispettivo di cui gli altri si trovassero civilmente in possesso, potrebbero costoro intentare l' azione per turbativa per impedire e distruggere la innovazione nociva al loro uso. Così ancora, se l'uno avesse ostrutti o tagliati i canali, con cui l' altro allacciava l' acqua per l' irrigazione, o per dar movimento ad un opificio idraulico, sarebbevi luogo allo sperimento dell' azione possessoria da parte di quest' ultimo. In questi ed altri simili casi, la competenza sarebbe incontrastabilmente del giudice ordinario, esclusivamente chia-

mato a giudicare tutte le contese d'interesse privato ed individuale dei ripuarî.

## §. CLXXII.

### *Nei giudizî petitorî non meno certa è la competenza dei tribunali ordinarî.*

412. Ove poi il ripuario, turbato nel suo possesso civile, lasci trascorrere il tempo utile per agire in possessorio, non per questo rimarrà preclusa la via al giudizio petitorio, tendente a diffinire il merito o la sostanza dei dritti rispettivamente esercibili sulla corrente. Egli quindi potrà, nella sede del petitorio, far reprimere il fatto o distrugger quell' opera, che oltrepassando i termini ed i confini del dritto individuale di uso, impedisca o noccia in qualsiesi modo all' esercizio del suo proprio dritto, e violi il principio della uguale ed equa distribuzione dei servigi godevoli, cui l' acqua è destinata.

413. Ora, la competenza dei tribunali ordinarî in tali giudizî petitorî emerge come un corollario conseguente e necessario dei principî, che sinora ho sviluppati sulla materia. In effetti, se le riviere non navigabili, nè atte a trasporto, costituiscono, generalmente parlando, una pertinenza del demanio pubblico in quanto alla nuda proprietà, è non pertanto innegabile, ch' esse rimangono nel dominio dei proprietarî confinanti in quanto all' uso o all' usufrutto che da esse può trarsi. Or, poichè questi dritti di uso e di usufrutto ed altre servitù sono dei veri dritti di proprietà per quelli cui appartengono, è di per sè evidente, che i possessori dei fondi confinanti debbono esser considerati come assoluti e veri proprietarî di tutte quelle servitù attive, che la legge loro concede esclusivamente su tali correnti, a cagione della prossimità dei loro fondi. Ciò ritenuto, non può muoversi il più lieve dubbio, che secondo il principio civile della nostra legislazione, tutte le quistio-

ni di proprietà rientrano sotto la competenza unica ed esclusiva dei tribunali ordinarî; e però ad essi soli è attribuita giurisdizione per diffinire tutte le contese che possano nascere tra i ripuarî, circa i rispettivi loro dritti di uso sulle correnti non navigabili nè atte a trasporto.

414. La qual soluzione intorno alla competenza del giudice ordinario, è non soltanto applicabile alle azioni petitorie risguardanti l'esercizio rispettivo dei dritti legali di uso, ma eziandio a quelle concernenti i dritti contrattualmente, o per una convenzione qualunque, acquistati dall'un ripuario verso l'altro; perciocchè, ogni qual volta l'un di essi sottopone convenzionalmente il proprio fondo ad una servitù qualunque relativamente all'uso dell'acqua, pel beneficio del fondo di un altro, evvi in tal convenzione un vero diritto di proprietà, acquistato da quest'ultimo verso il primo, dritto che non può esser diffinito e valutato, in caso di controversia, se non dal giudice civile ordinario.

415. In ambo questi casi la incompetenza del giudice amministrativo riesce tanto più manifesta, in quanto che l'amministrazione, chiamata solamente, dalla stessa natura delle sue funzioni, ad operare e statuire su gl'interessi generali, pubblici, e collettivi, uscirebbe dalla sfera della sua propria azione, ove scendesse a pronunziare sopra controversie d'interesse privato ed individuale dei ripuarî. La sua azione sulle acque fluviali, sta nell'indirizzarle verso uno scopo di utilità generale, e quindi nel dar fuori regolamenti atti a ripartir fra tutti un ugual beneficio ed esercizio dei servigi godevoli: adempiuta una tale alta ed importante missione, cessa ogni suo potere. Tal che, anche quando il giudizio tra i ripuarî desse luogo all'applicazione di un regolamento emanato dall'amministrazione intorno ai modi di esercizio dei dritti di uso, non per ciò sarebbe provocata la sua giurisdizione. Perocchè, in quella guisa che il legislatore non è giudice dell'applicazione delle leggi, nel modo stesso il potere amministrativo non può giudicare dell'applicazione dei suoi proprî regolamenti: in ambo questi casi ci ha una

incompatibilità organica, fondata sul nostro ordinamento politico, il quale pone una linea di separazione tra l'ordine giudiziario e queste altre due funzioni della sovranità.

416. Un tal principio d'incompetenza in tutt'i giudizi petitorî tra i ripuarî di una corrente non navigabile nè atta a trasporto, è poi nitidamente proclamato dalla costante giurisprudenza del Consiglio di Stato in Francia, il quale con varî arresti ha giudicato, che tutte le quistioni di proprietà, di servitù e di uso, nascenti tra i ripuarî di tali riviere, sono di competenza esclusiva dei tribunali ordinarî. Notevoli sono sul proposito due ordinanze del 18 gennaio 1826 Bouis, e 2 agosto dello stesso anno, Jacob C. Couchot (1).

## §. CLXXIII.

*Purchè non vi sia un atto amministrativo autorizzante l'opera, o un regolamento da interpetrare. In tali casi cessa la competenza ordinaria.*

417. Il solo caso d'eccezione a questo principio, sarebbe quello stesso di cui ho fatto parola di sopra circa le azioni possessorie, cioè, quando si trattasse di valutare, nella sede del petitorio, e d'interpetrare un atto o un regolamento amministrativo: allora il giudice civile non potrebbe pronunziare competentemente, senza turbare ed invadere l'esercizio delle funzioni essenziali del potere amministrativo. Quindi:

1.° Il giudice ordinario commetterebbe un eccesso di potere, quando ordinasse la demolizione o la interdizione di un'opera o costruzione qualunque fatta da uno dei ripuarî in una riviera, previo il permesso o l'autorizzazione conceduta dal potere amministrativo; perchè allora arresterebbe l'azione di questo potere medesimo, e violerebbe il principio della loro reciproca indipendenza.

(1) Jour. du Pal. *Jurispr. Admn.*, anno citato.

2.° Commetterebbe del pari un eccesso di potere, allorchè, essendovi nel giudizio la necessità d' interpetrare un regolamento amministrativo sulla ripartizione delle acque, volesse esso stesso procedere a tale interpetrazione, senza rinviare al giudice amministrativo, a cui è delegato tale uffizio. Se non che, io parlo d' interpetrazione, non già di semplice applicazione. La semplice esistenza di un regolamento amministrativo non è atta a far declinare la competenza, perciocchè la sua applicazione è sempre attribuita al potere contenzioso ordinario. Solo quando una tale applicazione faccia nascere una quistione d' interpetrazione, ad oggetto di determinarne il vero senso, si dà luogo alla declinatoria, in forza del principio, che l' interpetrazione appartiene a quello stesso potere da cui emana l' atto.

## §. CLXXIV.

*Ma l' autorizzazione amministrativa che viola i dritti di proprietà degli altri ripuarî, non può far declinare la competenza ordinaria.*

418. L' atto amministrativo autorizzante l' opera, il quale, come ora ho detto, costituirebbe una circostanza valevole ad operare la declinatoria del foro ordinario, non potrebbe aver poi la medesima efficacia, quando fosse stato emesso in opposizione ai titoli di proprietà, in forza dei quali il nuovo costruttore era obbligato a nulla innovare sullo stato dei luoghi. In tal caso, ove volesse sostenersi che il giudice civile, investito della controversia, non possa pronunziare senza giudicare della legalità dell' atto amministrativo, non per questo potrebbe conchiudersene, che il giudizio dovrebbe devolversi al tribunale amministrativo. Ciò inchiuderebbe un grave assurdo, perchè potrebbe ingenerare un sistema assai pericoloso per la indipendenza della gerarchia giudiziaria dal potere amministrativo. In effetti, è indubitato che l'amministrazione non può decidere del-

le quistioni di proprietà, di uso, di servitù, le quali rientrano esclusivamente sotto la giurisdizione ordinaria: ed ove ciò facesse, opererebbe illegalmente. Or, la illegalità di un suo atto, col quale implicitamente ledesse un dritto di proprietà, non mai potrebbe essere un motivo valevole a richiamare innanzi al tribunale di eccezione quelle contese, che per la loro indole essenziale son sottratte sempre ed assolutamente da ogni ingerenza del potere amministrativo. In conseguenza, quando un atto amministrativo che autorizza un ripuario a costruire una data opera nel fiume, violi i diritti di proprietà di altri ripuarî, poggiati sopra titoli convenzionali che sottoponevano il primo ad una servitù incompatibile con l' opera autorizzata, il giudice civile investito dell' azione per demolizione, sia in possessorio, sia in petitorio, ben potrà pronunziarvi, nè dovrà sospendere il corso della sua giurisdizione sulla eccezione dell'atto amministrativo che abbiala autorizzata.

## §. CLXXV.

*Rescritto nella causa tra Losa ed il Comune di Sorrento, che consacra questo principio.*

419. Questo principio, dichiarato ed ammesso dalla giurisprudenza del Consiglio di Stato in Francia (V. l'ordinanza del 18 gennaio 1827, Bouis, di sopra citato), è stato anche proclamato tra noi da varie sovrane decisioni, che hanno circoscritta nei suoi veri confini la eccezione contenuta nel n. 3, art. 5, l. del 21 marzo 1817; ed han fissata la massima, che la competenza amministrativa, quando si tratti di validità, legalità o interpetrazione di un atto amministrativo, debba limitarsi alle sole azioni personali, e non alle reali; vale a dire, che allorquando si tratta di proprietà, gli atti dell' amministrazione non possono esser mai efficaci ad arrestare o far declinare la competenza ordinaria.

420. Fra gli altri, riporterò quì un Rescritto, il quale, seb-

bene non emesso in materia di acque, non pertanto proclama in via di massima la limitazione di che fo cenno. Un Antonio Losa avea acquistato dall' amministrazione del demanio pubblico un territorio nel comune di Sorrento, ed avea quindi praticate talune innovazioni in forza di quell'atto. Il Comune, sostenendo aver gli abitanti un dritto di servitù di passaggio su quel fondo, istituì azione di turbativa innanzi al R. giudice. Il convenuto reclamò la competenza amministrativa, sull' appoggio di aver egli acquistato l'immobile dalla pubblica amministrazione, e doversi perciò decidere *interpetrando* l' atto amministrativo. Elevato quindi un conflitto, fu questo sciolto a pro della competenza ordinaria con un rescritto del 12 settembre 1828, nei seguenti termini :

421. « Ho rassegnato a S. M. il conflitto di attribuzione tra » l'autorità giudiziaria e quella del contenzioso amministrativo ele- » vato dall' Intendenza di Napoli nella causa istituita dal Comu- » ne di Sorrento contro D. Antonio Losa, per certa servitù di pas- » saggio su di un fondo che il Losa ha acquistato dal pubblico De- » manio. Ho pure rassegnato alla M. S. il parere emesso nella spe- » cie dalla Consulta generale del Regno intorno alla intelligenza » dell' art. 5 della legge del 21 marzo 1817 sul contenzioso am- » ministrativo. La M. S. in tale occasione ha considerato, che se- » condo la disposizione dell'art. 5 n. 1.° della citata legge, non pos- » sono appartenere alla conoscenza dell'autorità del contenzioso am- » ministrativo le azioni reali, tanto per revindica di proprietà di » un immobile, quanto per asserirne la libertà, ancorchè in esse » abbia interesse la pubblica amministrazione; e che l' eccezione » contenuta nell' articolo medesimo, n. 3.°, nel caso in cui cade » in esame la legittimità, la validità o la interpetrazione di un at- » to dell'amministrazione pubblica, riguarda soltanto le azioni civi- » li, ossia le azioni personali. Conseguentemente la M. S., acco- » gliendo il parere emesso dalla maggioranza della Consulta Gene- » rale, si è degnata, nel Consiglio ordinario di Stato del 12 an- » dante mese, dichiarare, che per la causa enunciata tra il Co-

» mune di Sorrento e Losa, è competente a procedere l' autorità » giudiziaria ».

422. Ecco adunque determinato in modo non dubbioso, che quante volte si tratti di quistioni di proprietà, gli atti amministrativi non possono mai aver virtù di far declinare la competenza ordinaria. Ed invero, se un principio opposto fosse stato ammesso, sarebbesi distrutta fin l' ombra della giurisdizione civile. I tribunali ad ogni tratto vedrebbonsi nella necessità di rimettere la causa al giudice di eccezione, semprechè all' autorità amministrativa piacesse dar fuori un atto concernente l' altrui proprietà: allora sparirebbe ogni guarentigia ed ogni sicurezza nel godimento delle cose private. Ond' è che le conseguenze assurde cui menerebbe una tale teorica, debbono far ritenere, che nel caso da me figurato di sopra, bene il giudice ordinario, investito dell' azione per demolizione dell' opera autorizzata, sia in possessorio, sia in petitorio, potrebbe procedere oltre nel giudizio, senza essere arrestato dalla eccezione fondata sulla esistenza di un atto amministrativo, la cui valutazione sfugge al magistrato ordinario. Ed ove l'autorità amministrativa volesse in tal caso elevare un conflitto, per garentire gli atti dell'amministrazione dal controllo dell' autorità giudiziaria, un tal conflitto sarebbe senza dubbio dichiarato nullo e mal fondato, perchè l'atto amministrativo è sempre incompetentemente reso, allorchè viola o ferisce in qualunque guisa un dritto di proprietà.

## ART. 2.°

Delle azioni per danni tra i ripuarî, e della competenza.

§. *CLXXVI. — In generale, tutte le quistioni per danni tra ripuarî, sono di competenza ordinaria. Rescritto.*

§. *CLXXVII. — Vi è ingresso ad un' azione per danni, quando un ripuario col suo fatto cagiona all' altro una lesione materiale nella proprietà, o una lesione al dritto di uso.*

§. *CLXXVIII. — Nulla importa che il fatto nocivo sia operato per l' esercizio del proprio dritto di uso. Limite razionale di questo diritto.*

§. *CLXXIX. — Ma non potrebb' esservi azione per danni, quando il fatto o l' opera che si pretende nociva, non altro cagionasse che la diminuzione o la privazione di un lucro. Eccetto però se vi fosse un titolo. Sviluppo.*

§. *CLXXX. — Nel caso di mancato lucro, potrebbe unicamente agirsi in via di reclamo amministrativo, se vi è luogo.*

§. *CLXXXI. — Esame di una opinione del Proudhon. Sua confutazione.*

§. *CLXXXII. — Con qual condizione sottintesa s' intendono date le concessioni di opificî sulle riviere.*

§. *CLXXXIII. — Anche nel caso di autorizzazione, l' azione per danni è sempre di competenza ordinaria.*

§. *CLXXXIV. — Nel caso di azione, il regolamento sull' uso reciproco del loro dritto tra due ripuarî in contesa, rientra nelle attribuzioni dello stesso giudice civile.*

§. *CLXXXV. — È anche in generale di competenza del giudice ordinario la demolizione delle opere dannose.*

§. *CLXXXVI. — Distinzione intorno alle cause che possono rendere necessaria la demolizione degli opificî idraulici. È competente l' amministrazione ad ordinarla, quando si tratta di un motivo di pubblica utilità.*

§. *CLXXXVII. — Rientra anche nella competenza amministrativa la soppressione per causa di danni collettivi.*

§. *CLXXXVIII. — In tal caso, sarebbe forse dovuta una indennità al proprietario dell' opificio soppresso?*

§. *CLXXXIX. — Nel caso poi di azione individuale per danni, il giudizio dee scindersi, quando vi sia un atto amministrativo autorizzante l' opera che si pretende sopprimere.*

§. *CXC. — Ma nel caso di opera autorizzata, la prestazione dei danni non può dipendere dall'esito del reclamo per demolizione.*

§. *CXCI. — In mancanza di un atto amministrativo, la demolizione rientra essenzialmente nella competenza ordinaria.*

§. *CXCII. — Inapplicabilità del principio della giurisprudenza francese tra noi su tal punto.*

§. *CXCIII. — Decisione della G. C. civile di Napoli tra Salvatore — Dino e Lo Joio, circa i principî della competenza in tali azioni.*

§. *CXCIV. — Forme che assume il giudizio del danno. Innanzi a qual giudice locale dee promuoversi. — Tali azioni son forse prescrittibili?*

## §. CLXXVI.

*In generale, tutte le quistioni per danni tra i ripuarî, sono di competenza ordinaria. Rescritto.*

423. Gli stessi principî direttivi della competenza, che sino a questo punto ho sviluppato, son quelli che deggiono regolarla altresì nei giudizî relativi ai danni, che i ripuarî possono reciprocamente intentarsi l' un l' altro. È ben vero che tali giudizî si compenetrano bene spesso col giudizio possessorio o petitorio, e non costituiscono che una domanda accessoria di questo. Ma l' azione per danni, considerata esclusivamente nel rapporto speciale del risarcimento preteso da un ripuario, per un fatto nocivo commesso dall'altro, va regolata da certe norme peculiari, le quali meritano ch'io ne faccia parola separatamente, affine di determinare in quali casi e con quali condizioni giuridiche può essa legalmente aver luogo.

424. Ragguardata adunque una tale azione nella sua indole specifica e nel suo scopo, ed astrazion fatta dalla forma possessoria o petitoria sotto la quale può manifestarsi, dirò che per principio generale essa ricade essenzialmente ed esclusivamente nella competenza del giudice ordinario. Parmi ozioso ch' io quì ritorni sulla giustificazione di questo principio, che ho di già sviluppato nei §§. CLI e CLII, allorchè ho fatto parola dei fiumi navigabili o atti a trasporto. Solo aggiungerò, che se questa regola di competenza dee militare per tale specie di fiumi, i quali hanno un carattere eminentemente pubblico, debbe poi, per una ragione *a fortiori*, essere applicabile a quelle riviere che non possono essere allogate in quella categoria. Del resto, la competenza del giudice ordinario in tali giudizî, già dichiarata testualmente dalla Circolare del 13 settembre 1809, ha anche l' appoggio della giurisprudenza amministrativa. Un R. Rescritto del 30 agosto 1820 sciolse un conflitto a pro dell' autorità giudiziaria, in una causa che si agitava tra due ripua-

ri per rifazione di danni cagionati all' uno da talune opere fatte dall' altro.

425. Eccone la specie. — Nardo e Marco Tullio di Nardo, coloni del Conte D. Nicola Pagani, ad oggetto di garentire il loro fondo posto sulla sponda del fiume Velino in Città Ducale, costruirono talune arginazioni, ossia palizzate, e ciò per impedire le inondazioni del fiume. Contro tale operazione reclamarono presso quel R. Giudice di circondario D. Antonio Bonifacio, D. Giuseppe Costantini, ed altri possessori di terreni nella sponda opposta del fiume, a motivo che i proprî fondi venivano ad essere danneggiati. Nel corso del giudizio si promosse una quistione circa la competenza, pretendendo detti Bonifacio e Costantini che dovesse procedere il potere giudiziario, ed i fratelli Nardo il potere amministrativo. Il tribunale civile dell' Aquila, con sua sentenza del 1 maggio di quell' anno, considerando, che la lite mossa riguardava un attentato commesso tra l' anno lungo il fosso del fiume, e che o si avea come un' azione possessoria, o come un'azione per rifazione di danni fra privati, la cognizione della causa spettava al potere giudiziario, giusta gli art. 103 n. 4 delle leggi di procedura civile e 567 delle leggi civili; — Che il disposto dell' art. 7 della legge del 21 marzo 1817 non era applicabile al caso, mentre la causa non risguardava appropriazione o occupazione delle acque del fiume; ma semplicemente di conoscere dei dritti dei privati, cioè se un proprietario della sponda del fiume potesse far cosa pregiudizievole al fondo del proprietario situato sull' altra sponda; — per tali ragioni si dichiarò competente. — L' intendente per contrario, poggiandosi su gli art. 6 e 7 della legge del 21 marzo 1817, nei quali è disposto che tutte le controversie che insorgono circa i porti, i lidi, i fiumi, i canali, le dighe, i ponti e le strade, si appartengono al contenzioso amministrativo senza veruna eccezione di persone, elevò il conflitto. Incaricate quindi le camere riunite del Supremo Consiglio di Cancelleria a dare il loro parere sull' oggetto, quel Supremo Consiglio « avendo discusso l' affare, ha ravvisato che la conte-

» sa di sopra spiegata non riguarda che l' interesse tra privati , e » come tale il conoscere della causa si appartiene al potere giudi- » ziario. È quindi di avviso , che il potere giudiziario sia compe- » tente a procedere. — Approvato con Real Rescritto del 30 ago- » sto 1820 ».

## §. CLXXVII.

*Vi è ingresso ad un' azione per danni , quando un ripuario col suo fatto cagiona all' altro una lesione materiale alla proprietà , o una lesione al dritto di uso.*

426. Ritenuta quindi per tali azioni la competenza ordinaria , trattasi ora di determinare le condizioni che possono dar loro un'esistenza ed un ingresso giuridico : perocchè una tale determinazione può soltanto farci conoscere quando è provocata la giurisdizione del potere giudiziario , e quando non evvi luogo ad altro che ad una semplice ingerenza amministrativa. Questa linea di separazione tra le funzioni delle due gerarchie , dipende precisamente dallo sviluppo delle idee che son per fare in questo e nei seguenti numeri.

427. Si ritenga in massima, che qualunque ripuario soffra una lesione materiale nella sua proprietà , o una lesione del suo dritto di uso , pel fatto o per l' opera di un altro ripuario , può giuridicamente promuovere l' azione per danni. Questa formola ch' io quì pongo è duplice , perchè prende di mira ed inchiude due specie di lesioni ; ma non debbe intendersi in un senso cumulativo , bensì alternativo , in guisa che basta l' esistenza di una sola di queste circostanze , per esservi ingresso giuridico all' azione pel risarcimento. Per lesione materiale debbe intendersi ogni guasto che avviene nella proprietà del ripuario , pel rigurgito e rigonfiamento delle acque che il fatto o l' opera dell' altro cagiona , operando una modificazione nel corso e nella direzione del fluido , il quale straripi , inondi, o in qualunque altro modo danneggi fisicamente la proprietà. S' in-

tende poi per lesione del dritto, quel danno che patisce il ripuario per qualunque fatto operato dall' altro, che rechi un impedimento necessario, sia totale, sia parziale, all' esercizio del dritto di uso, di cui egli trovasi legittimamente in possesso, comechè da un tal fatto non proceda verun guasto fisico e materiale alla proprietà.

428. Così, se un ripuario, ad oggetto di garentire il proprio fondo dalle possibili inondazioni della riviera, edifichi delle opere di protezione sulla sua sponda, le quali operino per un effetto necessario il rigurgito delle acque sulla sponda opposta, e producano quindi il loro straripamento sul fondo dell' altro ripuario; sarà questo il caso del guasto materiale cagionato alla proprietà. Se poi un ripuario, per esercitare il suo dritto di uso sulla riviera, edifichi un opificio nel proprio fondo, ed assorba con le sue costruzioni sì fattamente il volume delle acque, da rendere compiutamente inutile ed inattivo l' opificio dell' altro; ovvero se (stando all'altro caso ora figurato), nella costruzione delle sue opere di difesa, non produca già uno straripamento sul fondo opposto, ma semplicemente un tale rigurgito, che rallenti il movimento dell' opificio quivi stabilito, e ne turbi o diminuisca sensibilmente l' azione; si verificherà allora il caso di una lesione del dritto, perciocchè in ambe le ipotesi il fatto della novella costruzione è la causa diretta dell' impedimento al suo esercizio, impedimento totale nel primo caso supposto, parziale nel secondo. In tutte queste ipotesi vi è sempre un danno vero ed effettivo, il quale apre l' ingresso ad un' azione giuridica per rifazione contro il danneggiatore.

## §. CLXXVIII.

*Nulla importa che il fatto nocivo sia operato per l' esercizio del proprio dritto di uso. Limite razionale di questo diritto.*

429. Nè per sottrarsi agli effetti di tale azione potrebbe a favor di costui militare il principio di ragione, consecrato dalle leggi,

*Juris enim executio non habet injuriam* ( l. 13, §. 1, ff. *de injuriis* , lib. 47 , tit. 10 ) : principio inchiuso in altra formola nella l. 151 , ff. *de reg. jur.* , con cui dichiaravasi non esservi mai responsabilità pel danno patito da un altro , quando un tal danno fosse la conseguenza di una cosa che aveasi il dritto di fare : *Nemo damnum facit, nisi qui id faciat quod facere jus non habet.* Se ciò è vero astrattamente , una tale potestà di azione non pertanto incontra una limitazione razionale nell' altro principio , che a niuno sia lecito esercitare il proprio dritto col distruggere o impedire la parità del dritto altrui : l' idea astratta del dritto sta appunto nella coesistenza simultanea dei dritti di tutti , senza che l' esercizio di uno possa violare un pari ed identico dritto dell' altro. Se dunque un ripuario , nell' edificare delle opere per difesa del suo fondo , o nel piantare un opificio idraulico sulla sua sponda , opera in virtù di un dritto che gli è proprio ; non lascerà di esser men vero , che un tal fatto starà nei termini e nei confini del dritto , sino a che non turbi il contemporaneo e giuridico esercizio dell' identico dritto di un altro ripuario. Ove ciò avvenga, assumendo allora un tal fatto il carattere di abusivo esercizio , non potrà egli esimersi dalla responsabilità giuridica che gl' impone l' obbligo del risarcimento pel pregiudizio cagionato.

430. Ond' è che la stessa legge romana dichiarava non esser lecito far migliorie nel proprio fondo , ad oggetto di accrescerne il valore, se non nel solo caso che un tal fatto non producesse delle deteriorazioni materiali nella proprietà altrui : *Sic enim debere quem meliorem agrum suum facere , ne vicini deteriorem faciat* , diceva la l. 1 , §. 4 , ff. *de aqua et aq. plu. arcendae*, lib. 33, tit. 3. Ed applicando poi specialmente questo principio ai proprietari confinanti con una riviera , inibiva all' uno di edificare nel fiume , sulla sponda del proprio fondo, delle opere di protezione per impedirne lo sversamento , senza prestare ai vicini, e per lo spazio di anni dieci , una cauzione atta a garentirli dai possibili danni , che la perturbazione delle acque cagionata da tali opere avesse potuto pro-

durre su i loro fondi: *Is autem qui ripam vult munire, de damno futuro debet vel cavere vel satisdare, secundum qualitatem personae. Et hoc interdicto expressum est ut damni infecti in annos decem, viri boni arbitratu vel caveatur, vel satisdetur. Dabitur autem satis vicinis; sed et his qui trans flumen possidebunt* ( L. unica, §. 5 et 4, ff. *de ripa munienda*, lib. 43, tit. 15 ).

431. E lo stesso principio, per una ragione d'identità, debb'essere applicabile a quel ripuario il quale, non si limiti unicamente a far delle opere di protezione pel suo fondo, ma edifichi in forza del suo dritto di uso un opificio, la cui costruzione producendo un rigurgito delle acque, rallenti o impedisca il movimento di altre macchine pertinenti ad altri ripuarî. In tal caso è forza convenire, ch'egli debbe ugualmente rispondere del danno da lui cagionato nell' impedire agli altri, totalmente o parzialmente, l' esercizio del loro identico dritto. È ben vero che avendo tutt' i ripuarî un egual dritto sull' uso delle acque, il novello costruttore usa di una facoltà giuridica che gli appartiene; ma non può esercitarla, se non rispettando il possesso del più antico, il quale per ragione di priorità non debb' essere turbato nel suo godimento. In tal caso, potrebbero senza dubbio i tribunali emettere un regolamento sul modo di esercitare il loro dritto rispettivo: regolamento pel quale essi sarebbero competenti, giacchè non tratterebbesi di emanarlo per un interesse collettivo, ma unicamente nell' interesse privato ed individuale dei due ripuarî in collisione. Ma fino a che un tal regolamento non venga pronunziato, il novello costruttore non potrebbe esimersi dal risarcire il danno cagionato all' antico con la perturbazione operata nelle acque mediante la sua opera.

432. Laonde non può dubitarsi, che quante volte un ripuario con un suo fatto, anche dipendente dal suo dritto, cagioni una lesione materiale alla proprietà, o una lesione del dritto di un altro, debb' esser tenuto alla rifazione del danno.

## §. CLXXIX.

*Ma non potrebb' esservi azione per danno, quando il fatto o l'opera che si pretende nociva, non altro cagionasse che la diminuzione o privazione di un lucro. Eccetto però se vi fosse un titolo. Sviluppo.*

433. Io ho parlato, sia di una lesione materiale nella proprietà, sia di una lesione del dritto di uso. Queste due condizioni, di cui ho fatto sinora lo sviluppo, intendono a segnare il punto ove cessa nel ripuario danneggiato il dritto a promuovere un' azione giuridica per danno. Ogni qual volta ei non trovasi in una di quelle due condizioni, è chiuso l' ingresso alla domanda per risarcimento. Tal che, se il fatto o l' opera edificata da un ripuario non produca ad un altro ripuario che una semplice diminuzione, o anche la privazione di un profitto, di un lucro, di un beneficio, sarebbe inammissibile l'azione per danno. Qualunque sia il pregiudizio ch'egli patisca in ordine al lucro di cui godeva per lo innanzi, e del quale riman privo per effetto della novella costruzione che l' altro ha il dritto di piantare sulla corrente per la sua qualità giuridica di ripuario, ei non potrebbe querelarsene; perciocchè tutt' i dritti deggiono avere una coesistenza ed un esercizio simultaneo, nè quindi la sua facoltà legale, anche esercitata con precedenza di tempo, potrebbe estendersi sino al punto da impedire ad un altro l' uso del suo identico dritto, quando però quest' ultimo, con la nuova costruzione, non cagioni nè un danno materiale alla proprietà, nè un impedimento o una perturbazione anche materiale all'esercizio del dritto di lui. Sarebbe allora il caso d' invocare a pro del novello edificatore quel principio della legge romana, *Juris executio non habet injuriam.*

434. Così, se nella esistenza di un precedente opificio industriale nella riviera, l' altro ripuario pianti in virtù del suo dritto

un altro stabilimento idraulico della stessa specie, e con sì fatta costruzione non arrechi già al primo un danno materiale o una perturbazione necessaria o fisica nel suo opificio, ma gli cagioni unicamente quel danno che patisce un imprenditore dalla concorrenza di un altro nella stessa fabbricazione e nella stessa industria; in tal caso, la semplice diminuzione di lucro derivante da questa concorrenza, non potrebbe servire di elemento all' ingresso di un' azione giuridica per danno. È vero che la legge civile comprende sotto il concetto del danno, non solamente la perdita che si soffre, ma il lucro ancora di cui si rimane privo, per l' effetto immediato della inesecuzione di un obbligo. Ma un tal principio, applicabile alla inesecuzione delle obbligazioni contrattuali, non potrebbe estendersi ancora alle perdite risultanti da una privazione di lucro per la concorrenza nella stessa industria, perciocchè manca il sostegno di una garentia contrattuale che possa divenir l' elemento di un' azione per risarcimento del lucro cessato.

435. La qual cosa però ci mena a conchiudere, che sarebbe tutt' altra la soluzione, ove il possessore dell' opificio più antico avesse per sè, o un atto di privativa concedutagli dal governo, ovvero un titolo convenzionale, in virtù del quale l' altro si fosse obbligato verso di lui ad astenersi da qualunque concorrenza. Allora l'esistenza del titolo, sia governativo, sia contrattuale, attribuendo a lui un dritto di esercizio in preferenza ed in esclusione di ogni altro, gli aprirebbe l' adito ad un' azione per danni in caso di contravvenzione, perchè allora si verificherebbe il caso di una violazione e di una lesione del suo dritto.

## §. CLXXX.

*Nel caso di mancato lucro potrebbe unicamente agire in via di reclamo amministrativo, se vi è luogo.*

436. Ma tolte di mezzo queste due ipotesi, e ragionando nella supposizione più ordinaria, è chiuso l'ingresso a qualunque azione giuridica pel risarcimento, ogni qual volta il fatto di un ripuario, esercitato nei termini del suo dritto, cagioni una semplice diminuzione o privazione di lucro ad un altro, senza produrgli veruna lesione nel suo dritto. La sola via che allora rimarrebbe aperta all' antico possessore, ove ne fosse il caso, sarebbe quella del reclamo innanzi all' autorità amministrativa; e ciò solo quando potesse dimostrare, che lo stabilimento del nuovo opificio cagiona o cagionerebbe un danno generale. Allora l' amministrazione, valutatrice ed arbitra suprema dell' utilità collettiva, potrebbe in vista di tale interesse impedire ed inibire il proseguimento e l' esercizio del novello opificio. Ponghiamo, a modo d' esempio, che nella riviera trovisi già in esercizio uno stabilimento industriale per la fabbricazione di qualche prodotto indispensabile al consumo di una data località; ponghiamo altresì, che una novella impresa della stessa specie trarrebbe seco, per effetto di una inopportuna concorrenza, il pericolo di rovinare l' antico imprenditore pel necessario abbassamento del prezzo dei prodotti; e che quindi tale concorrenza potrebbe produrre la mancanza dei prodotti richiesti pel consumo; in questo ed altri simiglianti casi di danno generale, potrebbesi agire in linea di reclamo amministrativo, perchè fosse impedito il novello opificio. Se sarebbe certamente inammissibile un' azione giudiziaria innanzi ai tribunali, non sarebbe lo stesso del ricorso innanzi all'amministrazione, la quale potrebbe accoglierlo o rigettarlo, secondo che fosse bene o mal fondato nell' interesse generale e collettivo. Ecco pertanto in qual guisa un medesimo fatto, cioè la costruzione di un

opificio industriale in una riviera, può provocare sia la giurisdizione del potere giudiziario, sia quella del potere amministrativo attivo, secondo la diversità delle circostanze che lo accompagnano: ed ecco quindi segnati i termini di confine, entro cui l' uno e l' altro possono competentemente esercitarla.

## §. CLXXXI.

*Esame di una opinione del Proudhon. Sua confutazione.*

437. Ciò mi dà occasione di far rilevare un errore del Proudhon, il quale mentre riconosce il principio, che sievi ingresso ad un' azione per danno nel caso di lesione materiale alla proprietà, e non mai in quello di una semplice privazione di lucro, ne fa poi una falsa applicazione al caso in cui un ripuario, avendo ottenuta l' autorizzazione amministrativa per lo stabilimento di un opificio industriale, impoverisse per effetto della sua costruzione talmente il fluido della riviera, da privare i ripuarî della sponda opposta del beneficio della irrigazione. In tal caso, egli dice (1), non avrebbero costoro il dritto di querelarsene, atteso che, da una parte il costruttore dell' opificio, eseguendolo secondo l' autorizzazione ricevuta, non avrà fatto se non quello che avea dritto di fare; e dall' altra, i ripuarî dell' altra sponda non soffrono in realtà alcuna lesione materiale nella loro proprietà, ma restano solamente privi di un beneficio o di un profitto accidentale di cui prima godevano. Una tale soluzione, come ho detto, poggia sopra un errore, ed è quello di non aver considerato, che i ripuarî della sponda opposta usano del beneficio della irrigazione in virtù di un dritto dominicale, cioè del dritto di servitù attiva che la legge attribuisce sulla corrente a ciascun ripuario. Ora, l' uno fra essi, nè di proprio capo, nè in virtù dell' autorizzazione amministrativa, non po-

(1) Del Demanio Pubblico, n. 1101.

trebbe usare di questa servitù, col ledere o distruggere l' uguale ed identico dritto degli altri, perchè tutti deggiono poterne avere l' esercizio simultaneo. Se in quel caso non sarebbevi propriamente una lesione materiale alla proprietà, non vi sarebbe neppure la semplice privazione di un *beneficio accidentale*, com' ei lo qualifica, ma una vera ed evidente lesione del dritto di uso, di cui gli altri ripuarî trovansi in possesso legittimo, e che non può esser tolto dall' amministrazione, se non per un motivo di utilità pubblica e riconosciuta, e mediante una proporzionata indennità, siccome altrove ho notato. Laonde il danneggiatore non potrebbe avere un dritto maggiore dell' amministrazione stessa, nè quindi valersi del permesso ricevuto, per esimersi dal risarcimento a causa del danno prodotto dalla lesione al dritto degli altri. L' autore cade in una grave inesattezza di principî, quando ritiene come unico sostrato dell' azione giuridica per danni la lesione materiale alla proprietà, nè riconosce che può e deve ugualmente provocarla la semplice lesione del dritto di uso pertinente agli altri; ed una tale inesattezza, facendogli scambiare l' idea di privazione di un beneficio, con quella di lesione del dritto, lo fa incorrere in questo errore di applicazione, da cui potrebbero derivare conseguenze esorbitanti, perchè si darebbe con ciò all' amministrazione la potestà d' impedire o togliere anche l' esercizio legittimo dei dritti di proprietà.

## §. CLXXXII.

### *Con qual condizione sottintesa s' intendono date le concessioni di opificî sulle riviere.*

438. Per l' opposto, dee ritenersi come un canone inconcusso di ragione giuridica, che a nulla possa giovare al costruttore l' autorizzazione governativa impartita alla sua opera, quando una tale opera riesca nociva ai terzi. In tal caso l' autorizzazione non potrebbe aver la virtù di sottrarlo alla responsabilità pel dan-

no che cagiona; imperciocchè questa specie di permessi, per un principio di equità, proclamato dal testo della legge romana e della nuova, non s'intendono conceduti se non salvi i dritti dei terzi. Il principio giusto e salutare, *beneficium principis nemini debet esse damnosum*, è tratto appunto dalla disposizione della l. 2, §. 10, *ne quid in loco publico*, lib. 43, tit. 8, ov' è detto: *Merito ait praetor qua ex re quid illi damni detur; nam quotiescumque aliquid in publico fieri permittitur, ita oportet permitti, ut sine injuria cujusquam fiat, et ita solet princeps, quoties aliud novi operis instituendum petitur, permittere.*

439. Il qual principio è stato poi testualmente riprodotto dall' art. 8 della Circolare del 1809 sulle acque pubbliche, ove si dice: « Tutte le opere ad acqua o *permesse* o non *contraddette* » dalle parti, contengono la implicita obbligazione pei proprietari » di rifare il danno ai vicini. » — Queste espressioni generali con cui si prende di mira sì l' uno che l' altro caso, dimostrano evidentemente, che la quistione dei danni ed interessi pretesi da un ripuario, non dipende affatto da quella di sapere se l' opera abbia o pur no una esistenza legale, vale a dire se sia o pur no autorizzata. Non solamente la legge non fa una simile distinzione, ma al contrario la respinge con la sua disposizione, nella quale parla di danni per opere o semplicemente non contradette, o anche permesse. Laonde è indubitato che sempre ed in tutt' i casi, poichè i permessi non possono esser conceduti che sotto questa condizione o espressa o sottintesa, il proprietario dell' opera è giuridicamente tenuto del danno.

440. Parmi inutile aggiungere sul proposito, che un tal principio di dritto è stato poi costantemente riconosciuto da molti arresti del Consiglio di Stato in Francia, precipuamente da quelli del 30 agosto 1814, 2 e 16 maggio 1827 (1).

(1) V. Journ. du Palais, *Jurisprud. admin.* anni citati.

## §. CLXXXIII.

*Anche nel caso di autorizzazione, l' azione per danno è sempre di competenza ordinaria.*

441. Nè potrebbe dubitarsi che sempre ed in tutt' i casi l'azione pel risarcimento dei danni rimanga di competenza ordinaria; perciocchè sempre identica rimane la natura degl' interessi e dell' azione su cui debbesi profferir giudizio. Anche gli scrittori francesi si trovano d'accordo su questo punto; e sebbene in Francia, a differenza di quanto è prescritto tra noi dalla mentovata circolare del 1809, lo stabilimento degli opifici idraulici sia nelle attribuzioni dell'autorità amministrativa, non pertanto tutti concordemente convengono, che anche per gli stabilimenti autorizzati, la quistione dei danni ed interessi in ordine alle perdite materiali che i vicini potrebbero risentir su i loro fondi, rimanga sempre ed in tutt' i casi nel dominio della giustizia ordinaria, perchè risguarda interamente il dritto privato ed individuale dei ripuarî in collisione, senza che in tali controversie possa ravvisarsi un interesse pubblico qualunque.

## §. CLXXXIV.

*Nel caso di azione, il regolamento sull' uso reciproco del loro dritto tra i due ripuarî in contesa, rientra nelle attribuzioni dello stesso giudice civile.*

442. Nè cesserebbe la competenza del giudice civile ordinario, allorquando l' azione intentata pel risarcimento traesse seco, come una conseguenza, la necessità di emettere un regolamento sul modo di esercizio del dritto rispettivo di uso tra i due ripuarî in collisione. Questa sua naturale attribuzione mette capo in ciò che di

sopra ho detto nel n.° 431 , vale a dire , che i soli tribunali hanno giurisdizione per regolare l' esercizio del dritto di servitù sulle acque tra due ripuarî in contesa. Ed in effetti , l' amministrazione non può esser determinata nella sua azione che per motivi di utilità generale , e quindi la sua potestà attiva e regolamentaria non può manifestarsi se non nell' interesse pubblico della società , o nell' interesse collettivo delle località. Ma quando trattasi di controversie d' interesse privato , che sorgono tra particolari , anche in ordine all' uso di un corso d' acqua , tali controversie , ed eziandio i regolamenti atti a diffinirli , si sottraggono al suo potere, e rientrano esclusivamente in quello del magistrato ordinario.

443. Questo punto di dottrina trovasi riconosciuto e proclamato da un arresto del Consiglio di Stato in Francia del 28 settembre 1826 , il quale è tanto più importante , in quanto quel Supremo tribunale amministrativo dichiarò di ufficio la incompetenza dell' amministrazione, mentre le parti contendenti eransi d'accordo volte all' autorità amministrativa per ottenere un regolamento sull' uso del loro dritto rispettivo. Il signor Pigeaux era proprietario di un mulino sulla riviera Nonette , concedutogli fin dal 1788 dal principe di Condé. Più al basso , e circa a mille tese di distanza , sulla stessa riviera , eravi un altro mulino appartenente al signor Marquis , il quale avealo anche acquistato dallo stesso principe. Nel tempo di queste due concessioni , l' altezza delle acque necessaria al movimento dei due opificî , era stata fissata dai titoli stessi , ai quali il giudice di Chantilly avea aggiunto un regolamento da eseguirsi dai due proprietarî sull' uso delle acque ad essi comuni. Questo stato di cose durò sino all' anno 10 , epoca nella quale il signor Marquis pensò mutare il salto d' acqua del suo molino , ed operò delle modificazioni , le quali produssero un rigurgito considerevole sulla ruota del mulino superiore appartenente a Pigeaux. Sul reclamo di costui , dappoichè erano sensibilmente rallentati i movimenti del suo opificio , la controversia fu dibattuta innanzi all' autorità amministrativa ; e dopo un lungo procedimento , nel quale fu im-

prima emessa un' ordinanza del consiglio di prefettura del 23 vendemmiale anno 11 , il prefetto emanò nel 3 decembre 1813 un'ordinanza diffinitiva intesa a regolare i dritti delle parti, e prescriver loro le misure da seguire pel godimento del corso d'acqua ed il movimento dei loro opifici. Dopo ciò, Pigeaux, tenendosi come leso da questa decisione, produsse reclamo innanzi al Consiglio di Stato, il quale facendo dritto al suo ricorso annullò le ordinanze, e rinviò innanzi al giudice ordinario, sulle considerazioni che seguono.

444. « Considerando che la contestazione tra il sig. Niccola » Massimino Pigeaux ed il sig. Niccola Marquis non concerne in » verun modo l' interesse pubblico, e che non si tratta di un no- » vello regolamento sull' uso delle acque della riviera di Nonette pel » movimento dei due mulini di cui sono essi proprietarî, ma di » mantenere ed applicare dei regolamenti e convenzioni anteriori; » che su tal punto i tribunali ordinarî erano soli competenti, e » che il consiglio di prefettura ed il prefetto del dipartimento del- » l' Oise hanno ecceduto i loro poteri pronunziando con le ordi- » nanze del 23 vendemmiale anno 11, e 3 decembre 1813; — » Considerando che i signori Pigeaux e Marquis hanno ambidue mal » dirette le lore domande innanzi all' autorità amministrativa: — » Art. 1.° Le ordinanze suddette del Consiglio di prefettura e del » prefetto del dipartimento dell' Oise, sono annullate; i signori » Pigeaux e Marquis son rinviati a procedere, se lo giudicano » conveniente, innanzi ai tribunali ordinarî competenti. Le spese » compensate tra le parti » (1).

(1) Journ. du Pal. *Jurisp. admin.*, anno 1816.

## §. CLXXXV.

*È anche in generale di competenza del giudice ordinario la demolizione delle opere dannose.*

445. Tutto quello che ho detto sino a questo punto risguarda la prestazione del danno, considerata come una domanda pura e semplice di danni ed interessi, vale a dire nel solo rapporto giuridico del risarcimento dei guasti materiali, o delle lesioni di dritto che il fatto o l' opera di un ripuario cagiona all'altro. Ragguardata poi una tale azione sotto il rapporto della emendazione di quel fatto che n' è cagione, ossia della riduzione *ad pristinum*, dobbiam dire, in tesi generale, che identici debbono essere i principî della competenza. Ed in effetti, sotto qualunque aspetto voglia guardarsi la soppressione o demolizione dell' opera nociva, si ravviserà sempre, in massima, una collisione tra i due interessi privati ed individuali del danneggiato e del danneggiatore, senza che possa scorgersi da alcuno di essi rappresentato un interesse pubblico qualunque. Or, sarebbe assurdo che quel medesimo giudice, il quale è indubitabilmente competente per pronunziare sul danno avvenuto, non avesse poi giurisdizione per pronunziare la distruzione della causa che lo produce. Il risarcimento e la riduzione *ad pristinum* formano due termini correlativi di una medesima domanda, e si compenetrano siffattamente tra loro per intrinseca loro natura, da non costituire che un giudizio unico ed individuo: generalmente parlando, l' una cosa non può stare separata dall' altra. È perciò che le leggi romane, riportate di sopra, accordavano gl' interdetti, il cui effetto non era solo *ad impediendum*, ma altresì *ad restituendum*; e la l. 1, §. 1, *de aqua et aq. pluv. arc.*, lib. 39, tit. 3, accordava l' azione, non solamente per demolir l'opera calamitosa, ma anche per un danno non avvenuto, ma futuro e possibile: principio il quale poi trovasi implicitamente inchiuso nel-

l' art. 562 delle leggi civili. Ora, in questa azione ravvisata sotto il rapporto della demolizione, non ci ha nulla che possa provocare la giurisdizione amministrativa, chiamata ed istituita per pronunziare sopra determinati interessi pubblici, e non mai sopra interessi privati da individuo ad individuo. E nella domanda per demolizione non d' altro precisamente si tratta, che dell' interesse privato del costruttore dell' opera, e del proprietario danneggiato, il quale ne chiede la distruzione; talchè manca assolutamente un interesse pubblico o collettivo, che possa far declinare la competenza ordinaria.

## §. CLXXXVI.

*Distinzione intorno alle cause che possono rendere necessaria la demolizione degli opificî idraulici. È competente l' amministrazione ad ordinarla, quando si tratta di un motivo di pubblica utilità.*

446. Tutto questo non pertanto va detto in tesi generale; perciocchè in fatto di soppressione di opere o opificî edificati in un fiume pubblico, possono esservi talune circostanze speciali, le quali potrebbero rendere incompetente il giudice ordinario a pronunziarla. Per la qual cosa è necessario scendere a talune distinzioni, onde verran determinati, in ordine alla soppressione, i casi di competenza del giudice ordinario, e quelli che rientrano nelle attribuzioni del potere amministrativo.

447. Gli opificî industriali mossi dalle correnti pubbliche sono di una grande importanza sociale, perchè da essi l' industria manifatturiera prende tutt' i prodotti necessarî ai bisogni di uno stato, che vengono poi dal traffico ravvicinati ai consumatori. Questa loro utilità nell' interesse generale della produzione e della consumazione, è quella che ne protegge e favorisce l'esistenza, e debbe render circospetti nell' uso di questo dritto di demolizione, il quale, inconsideratamente esercitato, potrebbe divenir micidiale a qualche deter-

minata industria , e quindi inaridire le sorgenti della ricchezza pubblica. Se non che, possono esservi delle cause abbastanza gravi , le quali rendano necessaria la loro soppressione , in onta a questi interessi pubblici che si riuniscono per giustificarne e tutelarne l' esistenza ; e tali cause possono trovare il loro titolo e la loro forza , sia in un interesse ugualmente pubblico , sia in un interesse puramente privato ed individuale. Laonde , per conoscere quale autorità sia competente a decretarne la distruzione , ed in quali casi, ragionerò nell' una e nell' altra ipotesi , cominciando dal determinare quali sono queste cause di ordine generale atte a provocarla.

448. Due sono le cagioni principali che , per un interesse generale , giustificano la necessità della soppressione di un opificio industriale idraulico: tali sono o un motivo di utilità pubblica, o quello di un danno anche pubblico o collettivo di una data località. In quanto al primo , moltiplici possono essere i fatti di pubblica utilità che la rendano indispensabile : può , a modo di esempio , una riviera non navigabile esser dichiarata e renduta tale dal governo , con mezzi artificiali ; può sentirsi la necessità di scavare un canale di disseccamento , costeggiante il fiume, a fine di procurare un più facile scolo alle acque , le quali senza di ciò , s' infiltrerebbero o ristagnerebbero producendo miasmi insalubri ; può ancora rendersi indispensabile la costruzione di un ponte , precisamente nel luogo ove esiste lo stabilimento. In questi ed altri casi simiglianti di opere richieste dalla utilità pubblica , può stare che l' esistenza dell' opificio sia incompatibile con l' opera medesima , e debba in conseguenza esser soppresso. Ora in tali casi , quello stesso potere , cioè l' amministrazione , ch' è competente a prescrivere e far eseguire la misura o l' opera di pubblica utilità, è competente eziandio per ordinare la distruzione dei fabbricati che vi si oppongono. In ordine a ciò , sono applicabili, tanto nel rapporto della competenza del potere amministrativo , quanto in quello delle indennità dovute ai proprietarî espropriati , quei medesimi principî enunciati nella Sezione Seconda di questo capitolo , e precisamente nei

§§. CXLIII, CXLIV, CXLV; per il che sarebbe inutile ch'io quì mi occupassi a riprodurli.

## §. CLXXXVII..

*Rientra anche nella competenza amministrativa la soppressione per causa di danni collettivi.*

449. Differisce poi essenzialmente dal motivo di pubblica utilità, quello dei danni pubblici o collettivi, i quali rendessero necessaria la distruzione di uno stabilimento industriale. D' ordinario questi opificî posti sulle riviere, sono edificati ed animati da una diga, la quale, arrestando il corso dell' acqua, la eleva ad un' altezza sufficiente a dar moto alle ruote della fabbrica. Or la costruzione di questa diga cagiona sempre una perturbazione nel corso naturale del fluido, e talvolta v' imprime una tale direzione, che può divenir funesta cagione di danni o di guasti ad una intera contrada, sia perchè fa rifluire le acque verso luoghi abitati che divengono malsani, sia perchè genera lateralmente al fiume degl' impaludamenti insalubri per l'aria circostante, sia perchè produce delle inondazioni frequenti, in ispecialtà nei crescimenti delle acque operati dalle piogge. In tali casi, può senza dubbio l' autorità competente disporre che sia abbassata, diminuita o modificata la diga produttrice dei danni; ma se neppur questa misura fosse bastevole ad ovviarli, può esserne ordinata la totale distruzione.

450. Or la prima quistione che allora si presenta, sta nel determinare quale sia l'autorità competente ad emettere e fare eseguire una tale disposizione, quistione che agevolmente si risolve, sol che si consideri la natura degl' interessi, cui quella intende tutelare e garentire. È incontrastabile che la sola amministrazione abbia un tal dritto, perciocchè dee porsi mente innanzi tutto, che a lei sola, per l' indole intrinseca delle sue funzioni, è attribuita la missione o la

potestà di prescrivere tutte le misure necessarie al libero scolo delle acque, che costituiscono un importante obbietto di pubblica amministrazione. Ond'è ch'essa sola può avere il dritto conseguente di distruggere, in vista dell'interesse pubblico o collettivo, tutto ciò che opponendosi al loro facile declivio, le arresti con danno generale. Oltrechè, allorquando la distruzione di un opificio idraulico è richiesta per soddisfare alle esigenze o agl'interessi collettivi di una contrada o di una data località, la operazione esce fuori i termini dell'interesse privato ed individuale, ed ha per obbietto un interesse il quale, generalizzandosi, comprende ed abbraccia la universalità degli abitanti del luogo. Talchè riesce manifesto, che l'esame e l'eseguimento della soppressione diventa un fatto, una operazione tutta amministrativa, perciocchè solo questo potere ha potestà di pronunziare su gl'interessi generali e collettivi, a fine di soddisfarli e regolarli; e non mai il potere giudiziario, istituito unicamente per diffinire, dietro l'istanza delle parti, non già spontaneamente, le contese d'interesse individuale e privato. Quel principio adunque che rende competente l'amministrazione attiva a decretare la soppressione di un opificio per motivo di pubblica utilità, quello stesso le attribuisce un ugual potere per ordinarla a motivo di un danno collettivo.

## § CLXXXVIII.

### *In tal caso sarebbe forse dovuta una indennità al proprietario dell' opificio soppresso?*

451. Più scabrosa non pertanto a primo aspetto può sembrare un'altra quistione, se, cioè, al proprietario dell' opificio soppresso per danno generale sia o pur no dovuta una indennità, com'è innegabile doversi a colui che viene espropriato per causa di pubblica utilità. Se si trattasse di un fiume navigabile, nel quale l'opificio si trovasse stabilito senza alcuna autorizzazione espressa o presunta,

è fuor di dubbio che la sua esistenza illegale gli toglierebbe ogni diritto a pretendere una indennità. Ma il dubbio può sorgere, o quando l'opera fosse in un fiume navigabile e provveduta del titolo di concessione, nel modo ora cennato; ovvero allorchè si trattasse di un opificio eretto in una riviera non navigabile, nè atta al trasporto, nella quale esso è sempre legalmente stabilito, perchè ha il suo titolo giuridico nel dritto di uso, il cui esercizio non è subordinato a veruna precedente concessione. In questo caso la quistione si presenta con maggiori difficoltà in pro del legittimo possessore.

452. In effetti, può addursi in favore di costui, che se il suo opificio ha un titolo, e quindi una esistenza legale nel suo dritto di uso, costituisce perciò una vera proprietà giuridica, nel significato proprio della parola, la quale sta sotto la protezione e la garentia della legge, a simiglianza di qualunque altra proprietà privata; che come tale non può essergli tolta, se non in forma di espropriazione per causa pubblica, e che però la sua cessione forzosa debbe esser subordinata alla preventiva ed equivalente indennità. Che a nulla monti la differenza del motivo il quale rende necessaria una tale cessione, perciocchè sì nel caso di utilità che in quello di danni, sarà sempre una causa pubblica che la esige, e vi sarà sempre espropriazione di una proprietà legittima che ha il titolo di esistenza in un dritto riconosciuto; che anche il motivo di pubblico danno si risolve sempre in quello di pubblica utilità, perchè evvi una utilità evidente là dove si evita un danno esistente; e che quindi identici sempre ne debbano essere gli effetti relativamente al proprietario espropriato. Ecco in sostanza a che possono ridursi gli argomenti di coloro, i quali propendono a riconoscere in costui un dritto alla indennità.

453. Non ostante un tal ragionamento, solido in apparenza, io abbraccio l'opinione di quelli che risolvono negativamente la quistione. A prescindere da ogni altro argomento di secondo ordine, di che può vedersi la enumerazione in Proudhon (1), il quale lungamente ne

(1) Del *Demanio publ.*, n. 1166 e seg.

ragiona, io non saprei convincermi di questa pretesa qualità legittima di una proprietà, la cui esistenza trae seco inevitabilmente un danno per altri. Se essa ha il suo titolo sul dritto legale di uso attribuito dalla legge al ripuario, non è però men vero che un tal diritto non è legalmente esercibile, quando mediante questo esercizio si produca una necessaria lesione al dritto altrui: allora cessa di essere un dritto, una facoltà giuridica, e si tramuta in un fatto abusivo, che sottopone alla responsabilità ed all' obbligo del risarcimento colui che lo esercita. Il termine di confine di ogni dritto sta nel punto ove comincia la lesione del dritto altrui; nè esso può manifestarsi o esplicarsi, se non sotto la condizione sostanziale *salvo jure alieno*. È appunto questo principio riconosciuto ed incontrastabile che costituisce la base e l' elemento fondamentale di ogni azione per danno e per rifazione; ed è precisamente perciò che il ripuario leso nella sua proprietà da un' opera qualunque edificata dall' altro, può giuridicamente costringerlo a distruggerla quando essa non può esistere senza cagionare un danno necessario, non ostante che il danneggiatore prenda a sostegno il proprio dritto di uso come titolo giustificativo della sua opera. Or se ciò è vero nei rapporti individuali tra ripuario, e ripuario, molto più dee valere nel rapporto tra il privato e l' essere collettivo che dicesi pubblico; e ciò tanto più, in quanto che un dritto pubblico dee aver sempre forza prevalente e preponderante sul dritto individuale. Adunque sì nell' un caso che nell' altro, mancando il dritto, nella rigorosa significazione della parola, manca il titolo legittimo su cui vorrebbe poggiarsi l' esistenza dell' opera; e come sarebbe stolto il sostenere, esservi espropriazione quando un ripuario, nel suo interesse privato, ottenga la rifazione e la riduzione *ad pristinum*, del pari sarebbe assurdo ravvisarla, quando tale riduzione sia ordinata nell' interesse pubblico per danni collettivi. Che cosa ha di comune la espropriazione per utilità pubblica, con la distruzione di un' opera per danno pubblico? Nel primo caso il pubblico demanio acquista realmente una proprietà privata, la qua-

le , mediante un mutamento di forma, diventa una pertinenza pubblica : nel secondo all' opposto , il pubblico nulla acquista , ma solo si sottrae ad un pregiudizio che lo colpisce , distruggendo la causa calamitosa, mediante quell' azione pubblica e repressiva ch'è nei poteri essenziali dell' amministrazione. Laonde nè ci ha dritto, nè proprietà legittima , nè espropriazione; e quindi non potrebbe in tal caso il possessore dell' opificio affacciar pretesa per una indennità.

## §. CLXXXIX.

*Nel caso poi di azione individuale per danni, il giudizio dee scindersi quando vi sia un atto amministrativo autorizzante l' opera che si pretende sopprimere.*

454. Sinora ho considerata la distruzione di un opificio idraulico nel rapporto pubblico e generale ; ma ragguardata nel rapporto privato, e come elemento di un' azione di danni individuali, non ci ha dubbio, siccome ho detto di sopra, che in tesi generale sia competente a pronunziarla il giudice ordinario. Il solo caso di eccezione a questo principio è quando si trattasse di un' opera autorizzata amministrativamente : ma questa stessa eccezione è quella che conferma la giurisdizione di regola del giudice ordinario.

455. Quando l' opera sia autorizzata , l' azione dee necessariamente scindersi: bisogna allora fare una distinzione tra le parti della domanda , in quanto essa si applica ai danni che si pretendono , ed alla demolizione dell' opera. Assegnando a ciascuna autorità l' uffizio che rientra nella natura delle proprie funzioni, diremo, che se l' azione avente per obbietto il risarcimento del danno è certamente di competenza ordinaria , quella poi che ha principalmente per iscopo la riduzione *ad pristinum* , non può competentemente emanare che dal potere amministrativo. I Tribunali allora non potrebbero essi medesimi ordinar la demolizione , senza invadere e turbare quel potere nell' esercizio delle proprie funzioni. La legalità o illegalità

di esistenza dell' opera non può dipendere che da quella medesima autorità che ne ha fatta la concessione. Se il giudice civile ordinasse in questo caso la riduzione *ad pristinum*, giudicherebbe della legalità di un atto amministrativo, e violerebbe quel principio di separazione ed indipendenza di un potere, a cui sta uguale e parallelo, ma non superiore. Questa grave considerazione di ordine pubblico, ch' è il fondamento precipuo e giustificativo di una giurisdizione amministrativa, è quella che operando una necessaria divisione negli obbietti dell' azione, fa attribuire a quest' ultima, in linea tutta eccezionale, la potestà di pronunziare sulla distruzione di quell' opera che si riconoscesse nociva agl' interessi dei terzi.

## §. CXC.

*Ma nel caso di opera autorizzata, la prestazione dei danni non può dipendere dall' esito del reclamo per demolizione.*

456. Ma anche in tal caso, l' azione del danneggiato circa la prestazione del danno patito, rimane totalmente indipendente dal giudizio amministrativo sulla demolizione dell'opera che ne è la causa, nè la condanna in ordine al risarcimento potrebbe mai sospendersi fino all' esito dell' azione di soppressione. Ciò significherebbe cadere nel grave errore di qualificare quest' ultima azione come *pregiudiziale* all' altra, mentre, per quel che abbiamo detto, diventano esse indipendenti l' una dall' altra. Ed in effetti, che l' opera sia o pur no demolita per le vie amministrative, l' azione del risarcimento rimarrà sempre illesa e non pregiudicata in alcun modo, qualunque sia per essere la decisione dell' autorità amministrativa. Imperciocchè, delle due cose l' una: o verrà ordinata la demolizione dell' opera nociva, e si sarà con questo stesso atto riconosciuto autenticamente il danno di cui è produttiva; ovvero verrà mantenuta, in vista forse della sua utilità nell' interesse collettivo delle industrie, ed allora verun pregiudizio con ciò potrebbe arrecarsi al-

le azioni dei proprietarî danneggiati, appunto perchè ogni concessione di questa natura, come abbiamo veduto, contiene sempre in sè la condizione sottintesa, *salvo jure alieno.*

457. Questo punto di dottrina, specialmente in materia di opere idrauliche, risulta anche implicitamente dalla disposizione dell' art. 7 della mentovata circolare del 1809. Quivi, parlandosi delle opere autorizzate nei fiumi navigabili o atti a trasporto, si dispone nel seguente modo: « Tutte le dispute di danno fra i vicini, o fra » i diversi proprietarî delle suddette opere, appartengono alle au- » torità giudiziarie. In tali contese è vietato a quelli che disputano » del proprio dritto il *chiamarvi l' intervento dell' autorità ammini-* » *strativa.* Le verifiche che queste autorità potranno ordinare per » verificare se siesi costrutta opera in fiumi navigabili o atti a tra- » sporto, *non potranno mai cumularsi colla cognizione del danno,* » *che dai privati dee sperimentarsi innanzi alle autorità giudizia-* » *rie* ». È evidente adunque che questo articolo, nel proclamare la competenza ordinaria pei danni cagionati da opere anche autorizzate, vieta ad un tempo di cumular la verifica amministrativa con l' azione di risarcimento, e sugella con ciò il principio della loro reciproca indipendenza.

458. D' altra parte un tal principio è confermato dalla costante giurisprudenza francese. Notevolissima è sul proposito una decisione della Corte reale di Bourges del 7 maggio 1831 (1), con cui fu riconosciuta la massima, che l' azione tendente alla prestazione dei danni cagionati alle vicine proprietà da un mulino autorizzato amministrativamente, rientra nelle attribuzioni del giudice ordinario; nè sul pretesto d' interpetrazione dell' atto amministrativo potersi rinviare al potere amministrativo e sospendersi di pronunziare. La specie era la seguente. — Il tribunale di Clamecy, dietro l' azione di Herrisson pei danni cagionati alle sue terre lavoratorie dalla elevazione delle acque prodotta dal mulino, rinviò pei danni cagionati

(1) Journal du Palais, anno 1831.

innanzi al giudice di pace, e nel tempo stesso sospese di pronunziar per due mesi, circa l' altra parte della domanda tendente ad obbligare il convenuto a ridurre le chiuse del suo mulino all'altezza voluta, insino a che dalla parte più diligente si fosse ottenuta una decisione amministrativa, per conoscersi se il convenuto era o pur no in contravvenzione. Quella corte, nell' annullare una tale sentenza, considerava: « Atteso che la causa non poteva esser divisa; che » l' oggetto unico degli attori era di ottenere l' indennità dei dan- » ni che pretendevano aver patiti dalla ritenuta delle acque del mu- » lino ad un' altezza superiore a quella voluta dall'ordinanza di con- » cessione, ed i mezzi per esser messi in avvenire al coperto dalle » conseguenze di questa troppo grande elevazione delle acque; . . . » Atteso che l' indipendenza del potere amministrativo non permet- » te senza dubbio che i tribunali possano riformare i suoi atti, nè » meno interpetrarli, quando questa interpetrazione può divenire » necessaria; ma che nulla di simile non è domandato nella causa; » che le parti convengono che le condizioni sotto le quali è stata » autorizzata la costruzione del mulino, sono state fissate dall'ordi- » nanza di concessione; che gli appellanti non si dolgono di que- » ste condizioni, ma l' azione tende ad obbligare il proprietario » del mulino a conformarvisi; che non trattandosi più tra le parti » che del loro interesse privato, il rinvio all' autorità amministra- » tiva, non richiesto da nessuna ragione, è una infrazione alle re- » gole della competenza;... Per tali ragioni la sentenza viene an- » nullata ».

439. A questa decisione possiamo aggiungere un'altra della Corte di *Nancy* del 14 maggio 1830, una di quella di Lione del 27 agosto 1833, un arresto della Corte di Cassazione del 19 luglio 1826, e quel ch' è più un' Ordinanza del Consiglio di Stato del 27 decembre 1826 (1); decisioni tutte le quali consacrano il principio, che i tribunali ordinari conoscono legalmente dell' azione di danno ca-

(1) V. Journ. du Pal. negli anni rispettivi.

gionato da stabilimenti autorizzati amministrativamente, senza dover dipendere per ciò dall' autorità amministrativa.

## §. CXCI.

*In mancanza di un atto amministrativo, la demolizione rientra essenzialmente nella competenza ordinaria.*

460. Ma quando la tesi ora supposta non si verifichi, quando cioè manchi l' atto di concessione amministrativa; ch' è l' unico caso di eccezione, siccome abbiamo detto, il quale debbe fare agire per la demolizione dinanzi a quell' autorità, ripiglia allora la pienezza della sua giurisdizione il giudice civile. Allora l' azione pel danno inchiude e trae seco indispensabilmente la distruzione della sua causa generatrice: sì il risarcimento che la riduzione *ad pristinum* si compenetrano in guisa, da non formare che un giudizio unico pel suo scopo e per la sua natura. Non rannodandosi il giudizio a verun interesse pubblico o collettivo, siccome abbiamo notato, non potrebbe in esso ravvisarsi che una lotta tra meri interessi privati, tra relazioni giuridiche individuali, che si sottrae sempre al giudice amministrativo.

461. Ed in effetti, qualunque sia il carattere che voglia attribuirsi all' azione, sarà sempre identico il risultamento. Colui il quale, in onta al disposto dell' art. 562 LL. CC., costruisce di propria autorità nella corrente un'opera che fa rifluire le acque in un modo nocivo verso i fondi degli altri ripuarî, si rende con ciò colpevole di una via di fatto, contro cui è duopo che coloro i quali ne soffrono abbiano un' azione innanzi al giudice ordinario, tutore di ogni maniera di dritti privati, perchè si ordini la distruzione della causa calamitosa e produttiva del danno. Che se poi voglia darsi un altro carattere legale all' azione, si avrà che la edificazione di un' opera nociva ai fondi limitrofi si riduce allo stabilimento di una servitù forzosa. Ora, qualunque controversia che

abbia per oggetto una servitù, versa appunto per ciò sopra una quistione di proprietà, la cui decisione è esclusivamente attribuita al giudice ordinario. Laonde, o che la costruzione dell' opera si risguardi come una via di fatto nociva ai terzi, o che si consideri come un atto tendente alla imposizione di una servitù, si troverà sempre ed esclusivamente nel giudice ordinario il potere proprio per reprimerlo ed emendarlo.

462. Sia poi qualunque la forma sotto la quale si produca l'azione del danno, e della riduzione *ad pristinum*, sia con semplice azione possessoria, sia con azione petitoria, non per ciò vien meno il principio della competenza ordinaria. Può indubitatamente il danneggiato agire con nunciazione di nuova opera per impedir che si dia compimento all' opera da cui teme il danno; può altresì agire con azione possessoria tra l' anno dell' opera compiuta. Ma ove abbia lasciato trascorrere l' anno della turbativa, se non avrà più i vantaggi che poteva ripromettersi dal beneficio della manutenzione provvisoria, gli sarà nondimeno sempre aperta la via del giudizio petitorio, fino a che non gli si potrà opporre la prescrizione.

463. Ora in tutti questi casi, legalmente parlando, si tratterà sempre di un' azione reale per disgravamento di una servitù ch'è contro la legge, di un' azione negatoria con la quale non altro si ha in mira che rivendicare la libertà del proprio fondo; e perciò la competenza sarà sempre del giudice ordinario, chiamato esclusivamente a giudicare di tutte le controversie tendenti a rivendicare la proprietà di un immobile o ad asserirne la libertà; senza che in verun caso possa di ciò conoscere il giudice amministrativo, anche quando la stessa amministrazione pubblica o lo Stato fossero parti nel giudizio ( art. 5. L. 21 marzo 1817 ).

## §. CXCII.

*Inapplicabilità del principio della giurisprudenza francese tra noi su tal punto.*

464. Nè poi sarebbe applicabile a noi la distinzione ammessa dagli scrittori francesi, in forza della quale essi pongono gran divario tra il caso in cui si trattasse di demolizione di un opificio industriale, e quello in cui l'azione fosse diretta alla distruzione di opere di diversa natura. Nel primo, essi ritengono che, in generale, sievi incompetenza del potere giudiziario, dovendo limitare la sua giurisdizione al semplice giudizio di rifazione: nel secondo, convengono che abbia competenza piena, non solamente per giudicar del danno, ma anche della riduzione *ad pristinum*. Una tale distinzione trova colà l'appoggio della legge, la quale prescrive non potersi da alcuno edificare un opificio industriale qualunque nelle riviere, sieno o pur no navigabili o atte al trasporto, senza la precedente autorizzazione del potere amministrativo: onde procede la conseguenza, che essendo tali opificî eretti con un permesso amministrativo effettivo o presunto, non possa il giudice civile ordinarne mai la demolizione, perchè invaderebbe le attribuzioni proprie dell'amministrazione, a cui ha quella legge delegata esclusivamente la facoltà suprema di concedere o negare tali permessi, secondo che più o meno possano tali stabilimenti soddisfare o nuocere agl'interessi delle industrie. Ed è perciò che la competenza del giudice ordinario va circoscritta alla sola diffinizione del danno. Ma ben diversamente dee avvenire tra noi, perchè diverso è il principio della nostra legislazione. Ed in effetti, ho notato in altro luogo, che se pei fiumi navigabili la nostra circolare del 1809 esige un precedente permesso, quando si voglia eseguire una costruzione qualunque da un ripuario nel letto o sulla sponda: non è poi lo stesso per quelli che non sieno navigabili, nè atti al trasporto.

Per questi è nella piena e libera facoltà di ciascun ripuario di fare, nei termini del dritto comune, prese d'acqua, canali di derivazione, costruire molini ed opifici, o qualsiesi altra opera o stabilimento idraulico, senza che un tal dritto sia subordinato alla condizione di una precedente autorizzazione. Dal che riesce chiarissimo, che mancherebbe per noi l'elemento necessariamente richiesto per operare una declinatoria; e che bene, e nella pienezza della sua giurisdizione il giudice civile pronunzierà, non solamente del danno, ma anche della riduzione *ad pristinum*, qualunque sia l'opera dannosa la cui demolizione si domanda, purchè in realtà non vi fosse un atto amministrativo che l'autorizzi, il qual caso occorrerà assai di rado.

## §. CXCIII.

*Decisione della G. C. civile di Napoli tra Salvatore—Dino e lo Joio, circa i principî della competenza in tali azioni.*

465. A convalidare i principî sposti intorno alla competenza del giudice ordinario in tali azioni mosse tra i ripuarî, intende una elaborata decisione della G. C. civile di Napoli. Un signor Lo Joio possedeva alcuni terreni nel tenimento di Gragnano, bagnati dal Sarno. Nella opposta sponda erano due fondi rustici del sig. Salvatore Dino, e sopra corrente, a poca distanza, i mulini del medesimo. Nel 1838 Lo Joio edificò una palizzata nel fiume, verso la sponda dei suoi terreni, ad oggetto di elevare il piano delle acque, e così dar moto ad alcuni suoi mulini ivi edificati. Taluni proprietarî circostanti reclamarono in linea amministrativa contro tale edificazione, pei danni materiali che soffrivano; e la palizzata venne perciò distrutta. Ma nel 1839 volle Lo Joio novellamente edificarla, e più estesa della prima, onde maggiori danni furon cagionati. Fu perciò che il signor Salvatore—Dino, i cui mulini erano renduti meno operosi pel rigurgito delle acque, adì allora il

tribunale civile di Napoli, domandando la rifazione dei danni ed interessi e la riduzione *ad pristinum*. Quel tribunale con sentenza del 27 settembre 1848 si dichiarò incompetente a pronunziare la demolizione della diga, e rinviò le parti a provvedersi innanzi al contenzioso amministrativo per tal parte del contendere: si riserbò poi di provvedere sulla domanda dei danni ed interessi, visto l'esito del giudizio amministrativo. Contro tale sentenza fu prodotta formale appellazione, ed ecco in qual modo quella G. Corte civile la rivocò in tutte le sue parti, rendendo un solenne omaggio ai veri principî regolatori della competenza.

466. « *Quistioni* — 1.ª È a ritenersi la incompetenza per ra-
» gion di attribuzione dichiarata dai primi giudici? — 2.ª Nella
» negativa, può diffinitivamente decidersi intorno al merito della con-
» tesa? — 3.ª Che per le spese? — *Sulla prima* — Ha la corte
» osservato: — Che nel senso dell'art. 3.° della legge sul conten-
» zioso amministrativo, a conchiudere per la competenza ammini-
» strativa non basti che la controversia cada sopra oggetto di pub-
» blica amministrazione, ma è mestieri che la interessi altresì —
» Che altro sia lo interesse collettivo in rapporto ad una popola-
» zione, altro il privato e lo individuale in rapporto ai singoli.
» Che nella diversità di siffatto interesse stia la differenza che di-
» stingue l'azione dell'amministrazione pubblica dalla privata — Che
» l'autorità amministrativa, spiegando la sua azione in via di rego-
» lamenti generali, rientra nella sua competenza ogni quistione che
» potesse alterarne il contenuto — Che ove, senza urtare in que-
» sti regolamenti, si tratti soltanto di determinare, nello inte-
» resse privato delle parti, il modo onde abbia ciascuno ad usare
» del dritto che la legge gli accorda senza invadere quello dell'al-
» tro, il conoscere della controversia non può che essenzialmen-
» te appartenere al potere giudiziario — Che nella specie, come
» che non si dubiti essere le acque del Sarno di pubblica ragio-
» ne, non vi ha alcuna disposizione dell'autorità amministrativa
» che ingiungesse o vietasse l'opera eseguita dal sig. Lo Joio, sic-

» chè il distruggerla o il conservarla ledesse lo interesse della pub-
» blica amministrazione — Che la quistione intorno alla esistenza
» o distruzione della parata, si agita unicamente nello interesse
» privato dei contendenti, allegandosi come la causa di un danno
» che non si poteva dall' uno inferire a danno dell' altro indivi-
» duo — Che d' altra parte il provvedimento a darsi nello interes-
» se individuale delle parti litiganti non potrebbe mai impedire l'e-
» sercizio del potere competente all' autorità amministrativa, ove
» nel generale interesse sorgesse il bisogno di una disposizione che
» lo rendesse inutile. — Che il dividere, come ha fatto il tribu-
» nale, la causa del danno dalla sua riparazione, sarebbe lo stes-
» so che scindere cose essenzialmente connesse tra loro — Che de-
» rivi dalle sposte osservazioni doversi ritenere la competenza del
» potere giudiziario su tutta la continenza dell' azione, in quanto
» tende cioè ad ottenere la riparazione del danno passato, ed in
» quanto è diretta a far cessare la causa del futuro — *Sulla 2.ª* —
» Che a decidere del merito della contesa, giovi disporre una pe-
» rizia, nel fine di liquidare le diverse circostanze che influiscono a
» risolvere in un senso qualsivoglia le due parti tra cui l' azione si
» divide — *Sulla 3.ª poi*: — Che non definendosi il merito della
» causa, il provvedimento su le spese del giudizio va essenzial-
» mente riservato. — *Per questi motivi* — La G. C. civile diffini-
» tivamente ed interlocutoriamente pronunziando, fa dritto all' ap-
» pello interposto da D. Ferdinando Dino dalla sentenza del tri-
» bunale civile di Napoli del 27 settembre 1848, e per lo effet-
» to questa rivocando, e facendo ciò che far doveano i primi giu-
» ci, dichiara ed ordina quanto siegue — 1.° Si dichiara competen-
» te per ragione di attribuzione nella causa di che si tratta —
» 2.° Pria di pronunziare sul merito della dimanda proposta dal sig.
» Dino, ordina che gli Architetti D. Gaetano Genovese, D. Fran-
» cesco Antonio Tarsia e D. Bartolomeo Grasso che nomina di uf-
» fizio, qualora le parti tra tre giorni dalla intimazione della pre-
» sente non si concordino nella scelta di altri, prestato prima il

» giuramento nelle mani del giudice sig. Roberti, che all' uopo de-
» lega, si rechino nei luoghi in controversia, osservino e riferi-
» scano: — 1.° Se la parata costruita da D. Tommaso Lo Joio
» produca danno nei due fondi rustici e nelle macchine idrauliche
» di D. Ferdinando Salvatore—Dino, tanto in tempo di acque or-
» dinarie del fiume, quanto in tempo di piena — 2.° Nell' affermativa
» specifichino in che questi danni consistono, ed il depreziamento
» che essi arrecano tanto nei detti fondi rustici, quanto nelle mac-
» chine idrauliche, e da qual tempo sia ciò avvenuto.—3.° Da ultimo
» propongano i mezzi di arte per eliminare tali danni — Di tutto
» ne faranno ragionato rapporto che depositeranno nella Cancelleria
» di questa G. C. — La perizia sarà per ora a carico di D. Ferdi-
» nando Salvatore—Dino, ed a sue spese, salvo a provvedere in
» danno del succumbente — Le spese riservate — Giudicato pro-
» nunziato e pubblicato in Napoli li 20 Febbraio 1852 ».

## §. CXCIV.

*Forma che assume il giudizio del danno. Innanzi a qual giudice locale dee promuoversi — Tali azioni son forse prescrittibili?*

467. Fermati adunque i principî direttivi della competenza in tali giudizî, rimane ora a determinare sotto qual forma essi si manifestino; ma di ciò ho fatto già qualche cenno altrove. L' azione pei danni non si presenta come una domanda pura e semplice di risarcimento, se non nel solo caso in cui si trattasse di un fatto pregiudizievole, il quale si trovasse sotto la garentia di un'autorizzazione amministrativa: ripeto che allora il giudice ordinario deve circoscrivere la sua cognizione alla sola valutazione del danno. Ma quando una tale autorizzazione non concorra, il giudizio assume o una forma possessoria, o una forma petitoria, secondo il tempo in cui l' attore introduce l' istanza. Egli può agire con azione possessoria di nunciazione di nuova opera, quando questa fos-

se cominciata, ma non compiuta; può altresì agire in possessorio tra l'anno dal compimento dell'opera dannosa; e se da ultimo, abbia lasciato trascorrere l' anno dalla turbativa, gli rimane aperta la via all' azione petitoria.

468. Ma se ciò è incontrastabile, rimangono però due altri punti a determinare. Il primo è quello di sapere innanzi a qual giudice l' azione debbe intentarsi. Ponghiamo, a modo di esempio, che le due sponde della riviera sieno sottoposte a due diverse giurisdizioni, in guisa che il terreno su cui è edificata l'opera nociva e quello danneggiato vadano soggetti a giudici diversi: in tal caso, chi sarà legalmente investito dell' azione, quello del fondo dell'attore, o quello del fondo del convenuto? La soluzione è facile, sol che si consideri l'índole dell' azione. Non può dubitarsi che il giudizio, sia che assuma la forma possessoria, sia la petitoria, non potrà altrimenti diffinirsi che un' azione negatoria tendente a rivendicare la libertà del fondo danneggiato, facendolo dichiarare esente dalla servitù che vorrebbe imporgli il danneggiatore. Come tale adunque, si tratterà di un' azione certamente reale per sua natura, e perciò sarà senza dubbio competente il giudice ov' è situato il fondo danneggiato.

469. Il secondo punto sta poi nel vedere qual' è il tempo in cui tali azioni si possano considerare come prescritte. In ordine a ciò non farà mestieri di un lungo sviluppo per dimostrare, che tali azioni, nell' interesse privato ed individuale del danneggiato, sono prescrittibili come tutte le azioni giudiziarie. Se quindi ha egli lasciato scorrere il periodo di anni trenta dal momento della compiuta edificazione dell' opera nociva, senza nulla domandare, e senza fare alcun atto conservatorio del suo dritto, allora il proprietario dell' opera avrà acquistato incontrastabilmente a suo favore la servitù continua ed apparente sul fondo danneggiato, e sarà liberato mediante la prescrizione da ogni azione d' indennità che si poteva intentare contro di lui.

470. La prescrizione però può valere unicamente in quanto al-

l' azione privata ed individuale del proprietario danneggiato: non così quando si trattasse di danni generali o collettivi. In tal caso non potrebbe militare il favore della prescrizione in pro dell' edificatore, perciocchè l' amministrazione può sempre agire con azione pubblica sia nell' interesse generale, sia nell' interesse collettivo di una data località, nè mai sarebbe opponibile la prescrizione contro un diritto pubblico: *praescriptio temporis juri publico non debet obsistere* ( l. 6, C. *de oper. publ.*, l. 8, tit. 12 ).

# TITOLO QUARTO

## DELLE VIE PUBBLICHE ED ALTRE PERTINENZE DEL PUBBLICO DEMANIO

---

## CAPO PRIMO

### DELLA COMPETENZA NELLE AZIONI CONCERNENTI LE VIE PUBBLICHE

### SEZIONE 1.ª

Dei caratteri specifici che distinguono le vie pubbliche dalle private.

§. *CXCV. — Le vie pubbliche deggiono essere una pertinenza del Demanio pubblico. Carattere essenziale che le fa distinguere dalle vie private.*

§. *CXCVI. — Classificazione generale delle strade, secondo la diversità dei luoghi che esse pongono in comunicazione.*

§. *CXCVII. — Carattere specifico che può far distinguere le strade della quarta specie. Testo di una legge romana.*

§. *CXCVIII. — Delle vie comunali, e loro doppia specie.*

§. *CXCIX. — A qual Demanio appartengono le vie di quarta classe, in ispecialtà le comunali.*

§. *CC. — I sentieri vicinali, mentovati dalla legge del 1817, sono delle vie private di servitù. Loro carattere specifico.*

§. *CCI. — Non bisogna però confonderli coi cammini vicinali dell' antico dritto, ch' erano delle vie pubbliche.*

§. *CCII. — Per quanti rapporti le vie pubbliche entrano sotto l' azione e la competenza amministrativa.*

## §. CXCV.

*Le vie pubbliche deggiono essere una pertinenza del pubblico Demanio. Carattere essenziale che le fa distinguere dalle vie private.*

471. Le strade, come ho notato, costituiscono un'altra parte importante del Demanio pubblico, sulla quale si manifesta assiduamente la vigilanza del potere amministrativo. Il loro stabilimento e la loro esistenza sono indispensabili per mantenere quella operosità e quel movimento sociale delle cose e delle persone, richiesto dalle perpetue esigenze pubbliche e private. Se questo è lo scopo della loro formazione, se la loro funzione è quella di servire all' uso pubblico e generale di tutti, è perciò evidente che non potrebbero costituire la proprietà speciale di alcuno, ma rimanere in quello stato di comunione universale, che dà indistintamente a tutti un dritto di usarne. Ecco perchè la loro pertinenza è attribuita alla personalità astratta e collettiva del Demanio pubblico, la quale raccoglie in sè il dominio di tutte quelle cose che per loro natura, o per un fine ed un oggetto di utilità generale, deggiono sottrarsi ad ogni individuale appropriazione.

472. Questo fine intimo della loro esistenza è quello appunto che può farci determinare il carattere fondamentale che distingue le vie pubbliche dalle private. Se le prime non possono essere la proprietà privata di alcuno, è perciò pubblica quella parte di suolo su cui sono stabilite; per modo che, è vietata dalla legge, in quanto ad esso, l'esercizio della naturale facoltà di approvazione, la quale costituisce un fatto illecito, abusivo ed improduttivo di effetto, a qualunque tempo risalga, perchè contro il pubblico non si prescrive. Per le vie private all'opposto, se si può esercitar su di esse un dritto di uso, di servitù, di passaggio, il suolo però rimane sempre nel dominio particolare del proprietario; ed è perciò che

la proprietà di quel terreno può essere da altri acquistata in tutti quei modi di legge, coi quali si esercita la facoltà di appropriazione, anche con la prescrizione.

473. Per distinguersi adunque una via pubblica dalla privata, debbe guardarsi meno all' uso, quanto all'appartenenza del suolo che la costituisce. È pubblica quella il cui suolo non è nel dominio speciale di alcuno: è privata quella che è proprietà speciale di una determinata persona, comechè altri possano avere ed esercitar su di essa il dritto di usarne. La qual differenza è posta in prominenza da Ulpiano nella legge 2, § 21, D. *ne quid in loco pubblico* (lib. 43, tit. 8), con le seguenti parole: *Viam publicam eam dicimus cujus etiam solum publicum est. Non enim sicuti in via privata, ita et in publica accipimus: viae privatae solum alienum est, et jus tantum eundi et agendi nobis competit: viae autem pubblicae solum publicum est, relictum ac directum certis finibus latitudinis ab eo qui jus publicandi habuit, ut publice iretur, commearetur.*— Se dunque il suolo della via pubblica costituisce una pubblica pertinenza, è chiaro che rimane fuori commercio ed è quindi imprescrittibile.

474. Se non che, ho notato in altro luogo, che il carattere di pubblicità di una strada è determinato precipuamente dall' uso pubblico di tutti. E però, ove quest' uso pubblico cessi, o per una disposizione dell' autorità competente, ovvero per la desuetudine, allora il terreno che formava la strada cessa del pari di essere una pertinenza del pubblico Demanio, e diventa una proprietà speciale dello stato, che a simiglianza di qualunque altra privata proprietà entra sotto l' impero del dritto comune.

## §. CXCVI.

*Classificazione generale delle strade, secondo la diversità dei luoghi che pongono in comunicazione.*

475. Il Decreto del 27 giugno 1820 è quello che per noi determina le diverse denominazioni delle vie pubbliche, e le distribuisce in quattro classi distinte, secondo la diversa loro importanza. Esso dispone che tutte le strade, sieno regie, sieno provinciali, appartengono a quattro classi. Son considerate come strade di prima classe quelle che pongono in comunicazione la capitale del regno con le principali città dei paesi stranieri, e coi reali domini al di là del Faro. Appartengono alla seconda classe, quelle per mezzo delle quali dalle città di Napoli e di Palermo si comunica ai capiluoghi delle provincie, e coi porti di Manfredonia, di Castellammare e di Stabia. Costituiscono la terza classe quelle che pongono in comunicazione i capiluoghi delle provincie, o menano ad alcuni comuni di prima classe. Da ultimo la quarta classe comprende tutte quelle altre strade, le quali non appartenendo a veruna delle tre classi mentovate, sono però delle vie pubbliche. Il medesimo decreto poi determina la rispettiva larghezza che debbe avere ciascuna strada nella sua formazione, secondo la classe cui appartiene; e fissa la rispettiva dimensione della pietrata, dei passeggiatoi, e dei fossi laterali necessarî al facile scolo delle acque.

## §. CXCVII.

*Carattere specifico che può far distinguere le strade della quarta specie. Testo di una legge romana.*

476. Corre una gravissima differenza tra le strade delle prime tre classi, e quelle che vanno a comprendersi sotto la quarta. Le

prime d'ordinario hanno un titolo di esistenza nel decreto dell'autorità pubblica che le ha formate, o che, trovandole già esistenti, ha impresso loro il carattere di pubblicità col dichiararle una pertinenza del pubblico Demanio. Ed in verità, nel presente sviluppo dell'amministrazione civile degli stati, le vie delle tre prime classi hanno segni certi e visibili della loro pubblicità, in guisa che non potrebbe nascer mai alcun dubbio sulla loro appartenenza.

477. Ma non è lo stesso delle vie della quarta specie. Per esse manca d'ordinario un titolo legale di esistenza e di formazione, perchè il più delle volte non debbono la loro creazione, che all'uso costante praticato dagli abitanti dei luoghi. Inoltre, la legge non fissa alcun carattere specifico che possa farle distinguere, e si contenta solo di una forma tutta negativa, allogandole nella quarta classe, appunto perchè mancano ad esse i caratteri ai quali son riconosciute quelle delle prime tre specie. Rimarrà dunque sempre dubbiosa la loro qualità ed appartenenza, ove non si stabilisca un segno certo e determinato che le faccia riconoscere; perciocchè, nella innumerevole serie di vie e di sentieri che intersecano tutta la superficie del territorio di uno stato, specialmente nelle campagne, bisogna avere una base non equivoca per diffinire se essi debbano qualificarsi come una pertinenza pubblica, ovvero come una privata proprietà. La quale indagine non è solamente di un semplice interesse scientifico, ma è di una utilità e di una necessità pratica, per determinare la competenza nelle varie specie di giudizi cui possono dar luogo.

478. Ora, il carattere che può distinguerle non potrebbe derivare dalla loro ampiezza e dimensione; perciocchè possono esservi delle vie abbastanza larghe da esser tenute come atte ad un uso pubblico, e che non pertanto sieno di uso e di pertinenza privata; e per l'opposto, avviene spesso che piccioli ed angusti sentieruoli sono esclusivamente addetti ad un pubblico servigio, senza che niun privato possa vantarvi un dritto di proprietà. Il vero carattere adunque che dee fare attribuire ad una via la qualità di strada pubbli-

ca, sta nell'oggetto o nello scopo pel quale essa è stata visibilmente stabilita: ogni qual volta, quest'oggetto non è altro che un uso o un servigio pubblico, la via sarà necessariamente pubblica. Laonde, allorchè una strada o un sentiero pone in comunicazione dei luoghi abitati tra loro, o serve di comunicazione a due vie pubbliche ( come avviene nei sentieri traversi ), essa sarà certamente pubblica. Sia poi qualunque la importanza dei luoghi che pongonsi in comunicazione; trattisi di comuni, di villaggi, di borghi, di subborghi, o anche di quelle piccolissime riunioni di abituri, di che ci ha tanta copia nelle campagne, e che costituiscono, per dir così, i primi germi della città; una tale diversità nella importanza dei luoghi abitati non muterà la natura della via per la quale vi si accede. Questo carattere visibile è il segno più certo che può farla annoverare tra le pertinenze del demanio pubblico. Ed in effetti, qualunque comunicazione tra luoghi abitati, non ha altro obbietto che il libero movimento ed il libero traffico delle persone, e delle cose, di che queste possono aver bisogno; ond'è che un tal libero movimento, costituendo un servigio per l'utilità generale delle persone, è chiaro che la destinazione civile della via non ha altro fine che il vantaggio pubblico, e come tale non può essere altro che pubblica.

479. Questo carattere di pubblicità di una via era anche riconosciuto dalle leggi romane, come ce lo attesta Ulpiano, il quale nella stessa legge 2 citata di sopra, §. 23, parlando delle varie specie di vie private, annovera tra le pubbliche quei sentieri o passaggi che dalle grandi strade menano a borghi, villaggi o altri piccoli centri di abitazione: *privatae viae dupliciter accipi possunt: vel hae quae sunt in agris quibus imposita est servitus, ut ad agrum alterius ducant; vel hae quae ad agros ducunt, per quas omnibus permeare liceat, in quibus exitur de via consulari, et sic post illam excipit via, vel iter, vel actus, ad villam ducens. Has ergo quae post consularem excipiunt in villas, vel in alias colonias ducentes putem etiam ipsas publicas esse.* Dalle quali parole della leg-

ge emerge chiarissimo, che ogni via o sentiero che comunica con un luogo abitato debb'esser considerato come un cammino pubblico, per quanto sia limitato il numero degli abitanti del luogo; perciocchè, servendo esso di comunicazione, l'uso ne appartiene universalmente a tutti coloro che vogliono servirsene, sieno anche stranieri, ed in tutte le ore ed in tutti i tempi.

## §. CXCVIII.

*Delle vie comunali, e loro doppia specie.*

480. Entrano eziandio nella quarta classe quelle strade o sentieri che diconsi propriamente vie comunali. Queste possono essere di doppia specie: son primamente tali tutte quelle vie stabilite per le comunicazioni interne dei varî punti abitati del comune, e che formano perciò le strade interne delle città, dei paesi, dei villaggi e borghi. In secondo luogo poi sono anche tali, quelle che uscendo di fuori alla città o al villaggio, son destinate sia al servigio delle proprietà del comune, sia all'uso generale degli abitanti del luogo: tale sarebbe il caso in cui un sentiero, posto al di fuori del paese o del luogo abitato, costituisse una via o un passaggio per giungere ad un abbeveratoio o ad una fontana di uso pubblico degli abitanti, o ad un pascolo pubblico ove si menano i bestiami; ovvero ad un bosco di pertinenza comunale ove gli abitanti esercitano gli usi civici, ecc. In tutti questi casi è chiaro, che tutte queste vie, sebbene sieno destinate principalmente al servigio o all'uso degli abitanti del luogo, e manchino perciò di un carattere di pubblicità universale, nulla di meno non lasciano per questo di esser pubbliche. La loro pubblicità sarà più circoscritta, e relativa a tutti gli abitanti di una data località, senza che possa riflettere gli stranieri: ma ciò basta per imprimere ad esse il carattere di vie pubbliche, ed impedir che altri possa pretenderne il possesso a titolo di privato proprietario.

481. Adunque sì l'una che l'altra specie vanno sotto la denominazione di vie comunali, perchè ambedue hanno per obbietto l'utilità, il servigio, l'uso della universalità degli abitanti; e sì l'una che l'altra son comprese nella categoria generica delle strade di quarta classe, perchè non hanno veruno di quei caratteri che distinguono le strade annoverate nelle altre tre classi principali. Nè poi credo necessario di aggiungere altro sul carattere specifico che può farle riconoscere, perciocchè la loro stessa giacitura materiale e l'oggetto visibile del loro stabilimento, è un segno indubitato della loro qualità.

## §. CXCIX.

*A qual demanio appartengono le vie di quarta classe, in ispecialtà le comunali.*

482. Ho detto, e di ciò niuno potrebbe muover dubbio, che le vie delle tre prime classi mentovate nel decreto del 27 giugno 1820, costituiscono una pertinenza del Demanio pubblico dello stato, perciocchè esse adempiono ad un fine e ad un uso universale dello stesso, ch' è quello di rendere agevole e libero il movimento generale delle cose e delle persone, ponendo in comunicazione i grandi centri di abitazioni, sparsi sul territorio intero. Ma non è lo stesso delle vie di quarta classe, cioè le strade ed i sentieri rurali, e le vie comunali, di cui ho parlato nei due paragrafi precedenti. Se la loro pubblicità è principalmente determinata dall'uso di speciali associazioni e di speciali località, non potrebbero ragionevolmente far parte del Demanio pubblico dello Stato, ma piuttosto di quel demanio pubblico che dicesi municipale. E a nulla mena, che persone estranee e non abitanti dei luoghi possono usarne; perciocchè un tale uso sarà sempre accidentale, ma non costituirà mai lo scopo principale e sostanziale dello stabilimento della via. Se dunque queste vie di quarta classe son pubbliche quando si consi-

derano dal lato della possibilità del loro uso generale; faranno poi parte del demanio pubblico comunale, quando sieno considerate dal lato della loro appartenenza, perchè la loro creazione e destinazione principale è sempre l'uso, il servigio e l' utilità degli abitanti del comune.

483. Trovo nonpertanto che qualche scrittore sottrae da questa appartenenza al demanio comunale quelle vie comunali di seconda specie, cioè quelle che senza porre in comunicazione i varî punti abitati del comune, menano solamente a qualche luogo di uso generale del comune stesso, com' è il fondo addetto al pascolo, il bosco, ecc. Per le vie di questa specie si pretenderebbe che il suolo non appartenga già al demanio *pubblico* comunale, ma al suo demanio di *proprietà*, vale a dire, ch' esse sieno possedute dal comune a titolo di proprietario. Ma veramente non so comprendere su che poggi questa differenza. Se i luoghi a cui menano queste strade formano appunto il demanio pubblico del comune, come il pascolo, il bosco, ecc.; non so vedere poi per qual ragione dovrebbero avere un carattere diverso i cammini che vi conducono, perchè questi, essendo creati e stabiliti precisamente per far godere alla generalità degli abitanti, di quei dritti e di quei fondi che costituiscono il demanio pubblico, non potrebbero avere una qualità ed una natura diversa da quella ch' è inerente ai fondi medesimi pel cui servigio e godimento son destinati. Per la qual cosa parmi assai più ragionevole ritenerle come una vera pertinenza del Demanio pubblico comunale, a simiglianza di tutte le altre vie di quarta classe, cioè tutte le strade ed i sentieri rurali, che anch' essi assumono il carattere di pertinenze del demanio pubblico municipale.

## §. CC.

*I sentieri vicinali mentovati dalla legge del 1817 sono delle vie private di servitù. Loro carattere specifico.*

484. Ma dalle vie comunali e dalle vie rurali differiscono essenzialmente quelle vie o sentieri, che la nostra legge del 21 marzo 1817 denomina *sentieri vicinali*, i quali sono di privata appartenenza. Son questi conosciuti anche sotto il nome di *vie agrarie* perchè servono d'ordinario alla coltivazione dei fondi; ma per non confonderle con le strade rurali, di cui abbiam fatto parola antecedentemente, ne riterremo senza più la denominazione data dalla legge.

485. Or questi sentieri vicinali non sono che dei sentieri di servitù, stabiliti su taluni fondi per la comunicazione necessaria che debbono avere con altri, o per la loro utilità e godimento, o pei bisogni indispensabili della loro coltivazione. Ond'è ch' essi sono essenzialmente delle vie di privato dominio, perciocchè il dritto di usarne non appartiene che a taluni proprietarî, come una dipendenza necessaria dei loro fondi, e ciò in esclusione di qualunque altro: il dritto di passaggio dunque non è un dritto esercibile dal pubblico, ma da quelli soltanto che possono usarne a titolo di proprietà o di servitù.

486. Ma se tale è la loro indole, quale sarà poi il carattere specifico che potrà farli distinguere da tutte quelle vie o sentieri rurali, i quali ho detto essere una pertinenza pubblica? Non pare che possa esservi molta difficoltà nel determinarlo. Ogni via o sentiero che non ponga in comunicazione dei luoghi abitati tra loro, o che non serva di strada trasversale tra due vie pubbliche; ma che per l'opposto conduca unicamente ad una casa isolata attraversando dei fondi privati, o che visibilmente si trovi stabilito nell' interno delle terre per servire alla loro coltivazione o comunicazione, sarà

certamente un sentiero vicinale o privato, e quindi il suo stabilimento, il suo uso e la sua appartenenza non riguarderanno che i proprietarî dei fondi ch' esso attraversa, e quelli delle terre pel cui servigio è destinato, perciocchè la sua esistenza e la sua causa sono interamente nell' interesse privato.

487. Potrebbe senza dubbio un tal sentiero servire accidentalmente di comunicazione tra luoghi abitati: ma una tale circostanza accidentale non ne muterebbe il carattere, ch'è quello di essere una via o un passaggio di servitù, perciocchè per qualificarsi come via pubblica bisognerebbe che fosse stabilita principalmente, non già accidentalmente pel servigio pubblico, che si scorga visibilmente ed essenzialmente nel suo uso la soddisfazione di un bisogno pubblico, e che sia abitualmente praticato dal pubblico. Ciò è importante a notarsi; perchè in diverso modo si potrebbero qualificare come pubblici molti sentieri che in realtà non sono altro che vie private e di privata appartenenza. La qual cosa si verifica assai spesso nelle campagne, dove abbondano questi sentieri di servitù.

## §. CCI.

*Non bisogna però confonderli coi cammini vicinali dell' antico dritto ch' erano delle vie pubbliche.*

488. Questi sentieri di uso e di dominio privato, distinti dalla nostra legge col nome di *vicinali*, son tutt' altra cosa delle *vie vicinali* di cui parlano le leggi romane; e cadrebbe quindi in grave errore chi volesse applicare ai primi le disposizioni che quelle davano intorno a queste ultime. Erano tali vie così denominate dal vocabolo latino *vicus*, che vuol dire un villaggio o un borgo; e però dicevansi *vicinali*, quei cammini di secondo ordine che servivano a porre in comunicazione i principali borghi e villaggi tra loro, come son quelli di cui ho tenuto parola nel precedente paragrafo

CXCVII , cioè quelle vie rurali che la nostra legge annovera genericamente nelle strade di quarta classe.

489. Adunque queste vie vicinali dell' antico dritto costituivano dei cammini di comunicazione pubblica , stabiliti tra i diversi borghi e villaggi , a fine di agevolare nelle campagne la frequentazione delle fiere e dei mercati, e lo sbocco sulle strade regie o consolari. Ciò era espresso nella legge 2 , §. 22 , *ne quid in loco publico* , lib. 43 , tit. 8 , la quale le definisce con le seguenti parole : *Viae vicinales sunt viae quae in vicis sunt , vel quae in vicos ducunt.* Ed avendo esse un tal carattere e un tale scopo , era ciò sufficiente a farle classificare tra le vie pubbliche, quando esistevano da tempo immemorabile, ancorchè avessero attraversato dei fondi privati ; di tal che facean parte di quella frazione del demanio pubblico che dicesi demanio pubblico municipale. Ciò era testualmente dichiarato dalla L. 3 , ff. *de locis et itin. publ.* lib. 43, tit. 7 , la quale diceva : *Viae vicinales quae in agris privatorum collatis factae sunt , quarum memoria non extat , publicarum viarum numero sunt.* È chiarissimo adunque , che se la legge attuale parla di sentieri *vicinali* , non intende parlare che delle vie private , e non mai di quelle vie vicinali pubbliche che servono ad un uso di pubblica e generale comunicazione.

## §. CCII.

### *Per quanti rapporti le vie pubbliche entrano sotto l' azione e la competenza amministrativa.*

490. Or , ponendo da banda questi sentieri vicinali di uso e dominio privato , tutte le vie e strade pubbliche , a qualunque delle quattro classi appartengano , entrano sotto l' azione amministrativa , sia per la loro formazione , sia pel loro mantenimento , sia per la loro conservazione ed integrità , affinchè sia sempre serbato libero ed illeso quell' uso pubblico a cui sono essenzialmente destina-

te. Questa manifestazione perenne dell' azione amministrativa in vista dei tre obbietti mentovati, incontra spesso l'ostacolo di dritti ed interessi privati, su cui fa mestieri pronunziare con forme e ritualità giudiziarie, sia per reprimere qualunque attentato al mantenimento ed incolumità delle vie pubbliche, sia per pronunziare sopra azioni meramente civili che le riguardino. Ecco adunque due ordini di giudizi di diversa natura, l' uno che concerne le azioni repressive, l' altro che versa sulle azioni unicamente civili; ed è su queste due specie di azioni, che ambedue le giudicature, amministrativa e giudiziaria, possono esser chiamate ad esercitare la loro rispettiva giurisdizione, secondo l' indole specifica dell' azione. Ed ecco quindi il punto ove si rende necessario lo stabilimento e la determinazione dei principî sulla competenza; di che farò brevemente parola nelle due sezioni che seguono.

## SEZIONE 2.ª

### Dell'azione repressiva in materia di vie pubbliche.

§. *CCIII. — Principio sul quale poggia la giurisdizione repressiva del giudice amministrativo in fatto di vie pubbliche.*

§. *CCIV. — Indole di questa speciale giurisdizione repressiva. Sua limitazione.*

§. *CCV. — Questa giurisdizione repressiva può contemporaneamente esercitarsi dal giudice di polizia ordinaria. Limite di questo principio.*

§. *CCVI. — In generale l'azione repressiva non può essere sospesa in caso di contravvenzione, quando si produca l'eccezione di proprietà.*

§. *CCVII. — In qual caso debbe necessariamente soprassedersi; e limite di questa eccezione.*

§. *CCVIII. — Quali sono i giudici amministrativi investiti della giurisdizione repressiva in fatto di vie pubbliche. Attribuzioni speciali dei Sindaci.*

§. *CCIX. — Se possa in tali materie sperimentarsi un terzo grado di giurisdizione.*

## §. CCIII.

*Principio sul quale poggia la giurisdizione repressiva del giudice amministrativo in fatto di vie pubbliche.*

491. Se il potere amministrativo manifesta una perenne azione per tutte le misure concernenti la formazione, il mantenimento e la integrità delle vie pubbliche; se all'amministrazione appartiene essenzialmente la direzione di questa parte importantissima dei pubblici servigi; è chiaro che al solo giudice amministrativo debb'essere attribuita la polizia avente per obbietto la conservazione delle strade. Il tribunale amministrativo è il protettore e custode naturale di tutto ciò che forma una pertinenza del pubblico demanio. Egli solo dunque ha giurisdizione propria per reprimere tutto ciò che può mettere un ostacolo al libero uso delle vie; egli solo, mediante le sue forme sommarie può prontamente sussidiare questa parte di pubblico servigio, e toglier di mezzo sull'istante tutto ciò che possa rendere più difficoltoso o interrompere il libero movimento e circolazione del traffico, ed ogni comunicazione sociale. Ecco su qual principio di ragione è fondata la giurisdizione repressiva dei giudici amministrativi in fatto di pubblica viabilità.

492. È per questo principio che gli art. 6 e 7 della nostra legge del 21 marzo 1817 attribuiscono generalmente, e senza eccezione, ai giudici amministrativi, ogni specie di giudizi sulle strade. Il primo di essi, eccettuando solamente i sentieri o le strade vicinali, cioè quelle che sono stabilite pel comodo e per l'accesso tra due o più fondi vicini, dichiara appartenere al contenzioso amministrativo tutte le controversie che insorgeranno sulle altre strade, e che riguardino la occupazione totale o parziale della loro area, o la riparazione dei danni cagionativi, o l'obbligo di mantenerle. E l'altro articolo poi, rende comune la medesima disposizione anche ai ponti, ai sentieri che le costeggiano, o che servono di co-

municazione fra esse, ed alle piantagioni che servono di comodo, di sostegno o di ornamento alle strade.

493. Se non che, questa giurisdizione così genericamente attribuita ai giudici amministrativi, soffre delle limitazioni necessarie, derivanti dalla stessa natura dei loro poteri eccezionali, e dallo stesso principio di separazione che rende distinte le materie del contenzioso amministrativo, da quelle del contenzioso giudiziario: limitazioni che verranno in luce nel breve sviluppo che farò in questa e nella seguente sezione.

## § CCIV.

*Indole di questa speciale giurisdizione repressiva. Sue limitazioni.*

494. Le cause che possono provocare questa giurisdizione repressiva del giudice amministrativo, trovansi con sufficiente chiarezza enumerate nei citati art. 6 e 7, dai quali emerge, che qualunque degradazione o deteriorazione operata sulle cose in essi specificate è di sua competenza. Quindi, tutte le usurpazioni ed occupazioni del suolo o dell' area, tutt' i depositi ed ingombri di letame e di altri oggetti, tutti i guasti commessi sul suolo, su gli alberi, su i fossi laterali, su i materiali destinati al loro mantenimento, ecc., possono dare luogo ad una condanna da parte del giudice amministrativo. Ed è specialmente da notare, che la locuzione dell' art. 6 è generalissima, perchè parla di *tutte le controversie*; espressioni le quali dimostrano, che quella enumerazione non è fatta in un senso limitato e restrittivo, ma semplicemente dimostrativo. — Dal che risulta, che tutti i fatti commessi in pregiudizio della libera viabilità delle strade, anche quando fossero diversi da quelli che ho enumerati, e di cui la legge parla in un modo generico, possono ugualmente e competentemente essere repressi da questo magistrato.

495. Ma non però, questa generalità di fatti viene circoscrit-

ta da due importanti limitazioni, le quali determinano specificamente quale sia l' indole di questa giurisdizione repressiva. Si osservi in primo luogo, che la legge non dichiara competente il giudice amministrativo, se non per quei fatti che attaccano e degradano materialmente la via, o materialmente ne impediscano il libero e facile uso; ma non per quelli i quali non producessero questo guasto o questo impedimento materiale e che quindi mancassero di un carattere di realità. Così, se si ponga sulla strada pubblica un ingombro permanente di letame o altre materie, se da un proprietario confinante si facciano dei cavamenti sotterranei che producano uno scoscendimento; in questi ed altri casi simiglianti, a buon dritto può il giudice eccezionale esercitare la sua giurisdizione: ma sarebbe tutt' altro se un uomo lasciasse vagar nella via degli animali feroci, o in qualunque modo nocivi, o se venisse a vie di fatto contro i passanti, perchè allora questi fatti, se sono punibili, non producono però verun guasto o impedimento materiale. — Osservo poi in secondo luogo, che la competenza di questo magistrato è circoscritta ai soli fatti qualificabili come contravvenzioni, e non a quelli che avessero un carattere più grave. Gli art. 20, 22 e 25 della nostra legge del 21 marzo 1817 espressamente lo dichiarano, perchè parlano soltanto di *contravvenzioni*; dal che è chiarissimo, che essendosi il legislatore astenuto dall'usare il vocabolo *delitto*, non ha perciò voluto erigere il giudice amministrativo in tribunale di polizia correzionale, e molto meno in tribunale criminale. La sua giurisdizione repressiva adunque non è altra che quella di un giudice di semplice polizia, chiamato a conoscere delle sole contravvenzioni che arrechino un danno o un impedimento materiale alle vie pubbliche.

## §. CCV.

*Questa giurisdizione repressiva può contemporaneamente esercitarsi dal giudice di polizia ordinaria. Limite di questo principio.*

496. Ed è anche importante osservare, che una tale giurisdizione non è a lui attribuita in esclusione del giudice ordinario di polizia: da niuna legge potrebbe desumersi, neppure indirettamente, una tale esclusione. Debbe invece ritenersi, che queste specie di contravvenzioni possano essere represse tanto dal giudice amministrativo, quanto dal giudice ordinario di semplice polizia, perchè sì l'uno che l'altro sono ugualmente istituiti per conoscerne. E però, quando una volta l'un d'essi abbia pronunziato una sentenza sopra una contravvenzione, non potrebbesi contro la stessa persona e per l'identica contravvenzione procedere dall'altro, senza violare il principio di dritto comune, *non bis in idem*.

497. Questo principio però della simultanea competenza di ambedue le giurisdizioni, è applicabile solo quando si tratti di quelle contravvenzioni relative alle vie pubbliche, per le quali è chiamato il giudice ordinario di polizia dall'art. 461 ll. pp.; ma non già quando si trattasse di fatti tali, che costituiscono una contravvenzione di natura puramente amministrativa, e che non sia contemplata nel detto articolo, come sarebbe il caso in cui si fosse commessa una usurpazione permanente di una parte del suolo pubblico della via. Allora il solo giudice amministrativo sarebbe chiamato a reprimerla e punirla, nella sua qualità di custode e conservatore del pubblico demanio; nè potrebbe il giudice ordinario conoscerne in concorrenza con lui, perchè una tale potestà oltrepassa i confini della sua giurisdizione.

## §. CCVI.

*In generale l' azione repressiva non può essere sospesa in caso di contravvenzione, quando si produce l' eccezione di proprietà.*

498. Una grave quistione si presenta in ordine all' esercizio di questa giurisdizione repressiva, ed è quella di sapere, se possa legalmente soprassedersi dalla condanna, allorquando il contravventore produca l' eccezione di proprietà. La giurisprudenza del Consiglio di Stato in Francia ha fermata sul proposito la massima costante, che una tale eccezione non possa spogliare il giudice amministrativo, e quindi non lo obblighi a sospendere rinviando innanzi chi di dritto per far giudicare pregiudizialmente la quistione della proprietà. Un tal principio è consecrato da molte ordinanze, quali son quelle del 16 marzo 1836 ( Grouls ), 6 aprile dello stesso anno ( Jullien ); ed altre, le quali tutte si poggiano sul motivo, che la pretensione alla proprietà del suolo su cui si è consumata la contravvenzione non distruggerebbe mai l' esistenza della contravvenzione stessa, e non potrebbe impedirne la repressione, salvo rimanendo sempre il giudizio sulla quistione di proprietà. Tale opinione è anche abbracciata dal Cormenin (1), e da Serrigny (2), i quali citano molte altre ordinanze.

499. A me pare indubitato che un tal principio sarebbe da seguire, ogni qual volta il fatto costituisca per sè medesimo una contravvenzione, sia o pur no consumato sul suolo proprio o su quello della via pubblica; vale a dire, ogni qual volta, dimostrata anche la proprietà del contravventore, una tale dimostrazione non potrebbe fare attribuire all' atto o al fatto una qualifica diver-

(1) 5. Ediz., t. 2, p. 467 nota.

(2) *De l' Organis., de la compet., et de la proc. en matière contentieuse adminis.*, t. 2.° n. 628.

sa da quella di una vera contravvenzione. Così, se un individuo faccia un deposito di materie insalubri, sia sul limitare della strada, sia sul suo proprio suolo; se faccia dei cavamenti, anche su quella parte che pretende esser di sua proprietà, ma che pongano in pericolo il suolo della via; se faccia delle costruzioni in luoghi nei quali ci ha bisogno di una precedente autorizzazione; in tutti questi casi la quistione della proprietà rimane indipendente dalla contravvenzione, e quindi una tale eccezione non potrebbe far soprassedere dal giudizio repressivo.

## §. CCVII.

### *In qual caso debbe necessariamente soprassedersi; e limite di questa eccezione.*

500. Ma dovrebbe avvenire diversamente ove la quistione della proprietà fosse necessariamente pregiudiziale, perchè da essa dipenderebbe l'esistenza o inesistenza della contravvenzione che si pretende reprimere: in tal caso non parmi che debba essere applicabile il principio ora enunciato, ma che debbasi per l' opposto soprassedere, sino a quando sia esaurito il giudizio sulla proprietà, perche altrimenti si correrebbe il rischio di punire come contravvenzione un fatto, il quale posteriormente può esser qualificato come l' uso legittimo e giuridico di un dritto proprio. Ponghiamo, a modo d' esempio, che una delle due linee di una via pubblica sia interrotta, come spesso suole avvenire, da uno spazio vuoto, in fondo al quale sievi un edificio privato; ponghiamo ancora che il proprietario di un tale edificio, usando di un dritto di proprietà che pretende appartenergli sul piccolo spiazzo, faccia quivi delle piantagioni, dei cavamenti, o tutt' altra operazione, la quale costituirebbe una contravvenzione ove fosse fatta sul suolo pubblico, ma tale non sarebbe se eseguita sul proprio suolo. In tal caso, se il proprietario, tradotto innanzi al giudice amministrativo in linea

contravvenzionale, eccepisca il suo dritto di proprietà, ben dovrà soprassedersi sulla sua eccezione; perciocchè questa formerà allora una quistione pregiudiziale, senza cui non può legalmente procedersi alla condanna. Non sarebbe giusto in tal caso il proseguimento del giudizio repressivo, nè potrebbe trarsi argomento, per negare la sospensione, dal fatto che la piccola piazza faccia continuità con la pubblica via, e debba quindi anch' essa presumersi pubblica: questi larghetti, che frequentemente s' incontrano nelle città di vecchia costruzione, debbono d' ordinario la loro origine alla necessità in cui erano i proprietarî confinanti con le vie, attesa la loro strettezza, di tirarsi indietro dalla linea della strada nell' edificare le loro case, ove avessero voluto godere di un maggior beneficio di luce e di aria. Essendo dunque possibile che queste spianate sieno di privato dominio, e mirando la eccezione di proprietà a far totalmente sparire il carattere di contravvenzione, diventa indispensabile la sospensione del giudizio repressivo, sino all' esito di quello sulla proprietà.

501. Quale poi debb' essere il giudice competente a pronunziare su tale eccezione di proprietà, sarà da me più opportunamente detto nella seguente sezione, ove parlo delle azioni civili concernenti le vie pubbliche.

502. È appunto nel senso della sospensione, che trovo pronunziata un' ordinanza del Consiglio di Stato in Francia, in un caso in cui la eccezione di proprietà prodotta dall' imputato, mirava direttamente a distruggere la qualifica di contravvenzione nel suo operato. Il signor Ganneron venne imputato di una contravvenzione commessa sulla strada da Parigi a Lilla, consistente nel cavamento di un fossato e nella piantagione di alberi ad una distanza vietata dai regolamenti: chiese perciò che si fosse soprasseduto del pronunziare sino a che il tribunale di Pontoise, investito della quistione di proprietà, non avesse giudicato. Su tale eccezione, un' ordinanza del 30 giugno 1835 prescrisse, che fosse sospeso il giudizio repressivo, sino a che la larghezza della strada nel punto litigioso fos-

se stata riconosciuta amministrativamente secondo le antiche piante ed altri documenti. — Nello stesso senso ancora sonovi altre ordinanze del 20 febbraio 1822 (Fortia), 26 maggio 1824 (Guesnon) 28 agosto 1827 (Constant), 27 decembre 1833 (Guillon) (1).

503. Questa giurisprudenza mi sembra uniforme ai veri principî di ragione e di giustizia, e mi presta occasione di fermare una eccezione al principio della sospensione di cui ho fatto ora cenno. Io dico adunque, che anche nel caso da me figurato, nel quale la pretensione di privata proprietà distruggerebbe il carattere di contravvenzione, non dee nulla di meno soprassedersi dal giudizio repressivo, quante volte un precedente atto amministrativo avesse riconosciuta o attribuita la qualità pubblica a quella parte di suolo che si assume privata, e su cui si son fatte delle operazioni qualificabili come contravvenzioni. In questo caso, anche quando l'atto amministrativo contenesse una dichiarazione erronea, perchè quel suolo in realtà appartenga ad un privato, il fatto non perderebbe il carattere di contravvenzione. Semplice ne è la ragione: il privato non può di proprio capo e per via di fatto violare l'atto che emana dall'autorità pubblica, ancorchè un tale atto sia lesivo dei suoi dritti; ma può unicamente farlo riformare e correggere coi mezzi che gli accorda la legge. Fino a che non ottenga una tale riforma, egli non può servirsi di un dritto che crede appartenergli, in dispregio dell'autorità: così facendo, egli esercita un *jus privatae violentiae*, che costituisce una contravvenzione punibile, ancorchè si riconosca che l'atto del pubblico funzionario poggiava sopra un errore. E però in tal caso la eccezione di privata proprietà non darebbe luogo alla sospensione del giudizio repressivo. La qual cosa conferma il principio, che in massima generale l'eccezione di proprietà non può sospendere la giurisdizione repressiva, e che si possa soltanto, quante volte una tale eccezione, dimostrata una volta, toglierebbe al fatto ogni carattere di reità ed ogni penalità.

(1) Journ. du Pal., *Jurisp. Admin.*, anni citati.

## §. CCVIII.

*Quali sono i giudici amministrativi investiti della giurisdizione repressiva in fatto di vie pubbliche. Attribuzioni speciali dei Sindaci.*

504. Gli art. 20 e 25 della legge del 1817 son quelli che diffiniscono quali sono i giudici amministrativi investiti di questa giurisdizione repressiva. Essi chiamano a tale uffizio i Sindaci, i consigli d'Intendenza e la G. C. dei conti, con le seguenti disposizioni.

1.° Per le contravvenzioni espresse negli art. 6 e 7, quando la multa non oltrepassa il valore di duc. 6, i sindaci sono competenti a pronunziare la multa. Nel caso poi d' impedimento o di sospetto del Sindaco, assume le sue funzioni il decurione più anziano in ordine di nomina ( V. Decr. del 25 novembre 1826 ).

2.° Le sentenze dei Sindaci sono soggette al solo appello devolutivo innanzi al Sindaco del capoluogo di circondario; e nel caso in cui questo abbia pronunziato la multa, o vi sia interessato, l' appello è dedotto innanzi al Sindaco del capoluogo del distretto; e finalmente l'appello contro la sentenza di quest' ultimo, o contro quella pronunziata dal Sindaco del capoluogo della provincia, è dedotto innanzi al consiglio d' intendenza della medesima.

505. Queste disposizioni fecero nascere il dubbio, se le attribuzioni del Sindaco fossero limitate alla sola condanna della multa non maggiore di duc. 6, ovvero se potessero ancora ordinare la riduzione *ad pristinum* dei luoghi, e condannare alle spese del giudizio. Un rescritto del dì 11 luglio 1824, comunicato nel 15, dichiarò che il Sindaco fosse anche competente a pronunziare la rifazione dei danni ed a condannare alle spese.

506. Quando poi le multe oltrepassino il suddetto valore di ducati sei, allora i sindaci non fanno altro che compilar la istru-

zione e rimetterla al Consiglio d'Intendenza, il quale vi pronunzia come di ragione. Semprechè le loro condanne non oltrepassino la somma di ducati quaranta, le loro sentenze saranno inappellabili. Ove poi eccedano questa somma, saranno soggette all'appello devolutivo presso la G. Corte dei conti.

## §. CCIX.

### *Se possa in tali materie sperimentarsi un terzo grado di giurisdizione.*

507. Intanto per la intelligenza di tali disposizioni date dalla legge, fu promossso il dubbio se potesse in qualche caso darsi luogo ad un terzo grado di giurisdizione. Ma un tal dubbio venne risoluto negativamente con una Circolare in forma di Sovrano Rescritto del 28 giugno 1826, così concepita: — « Per l'occupazio» ne di un suolo pubblico il Sindaco di un comune della provincia » di Bari, dichiarandosi competente vi procedè, essendo la multa » applicabile alla contravvenzione di ducati sei. Dalla sentenza di » quel funzionario appellò l'imputato innanzi al Sindaco del capo» luogo di circondario; e poichè quella resa da quest'ultimo non » fu favorevole al comune reclamante, il di lui Sindaco se ne gra» vò innanzi a quello del capoluogo del distretto. Questi si dichia» rò incompetente, rimettendo la cognizione della causa al Consi» glio d'intendenza in forza dell'art. 21 della legge del 21 marzo » 1817 sul contenzioso amministrativo. Si dubitò allora se possa » sperimentarsi in tali giudizî un terzo grado di giurisdizione, fa» cendo eccezione alle regole generali che li dirigono. Essendo sta» ta per Sovrano comando incaricata la Consulta dei Reali domi» nî di qua del Faro di discutere e dare il suo avviso su questo » dubbio; — Visti gli art. 6 e 7, 20 e 21 della legge del 21 mar» zo 1817, ha considerato; — 1.° Che l'art. 20 dichiara i Sin» daci competenti a pronunziare le sole multe che non oltrepassano

» ducati sei, per le contravvenzioni espresse negli art. 6 e 7. —
» 2.° Che il suolo pubblico è una dipendenza del demanio pubblico
» e delle pubbliche proprietà, e quindi l'occupazioue dello stesso è
» compresa nelle competenze contenute nei detti articoli 6 e 7. —
» 3.° Che il cennato art. 21 determina espressamente per tali mul-
» te che non oltrepassano ducati sei, due soli gradi di giurisdizio-
» ne, i quali essendo nel caso in quistione cominciati dal sindaco
» del comune, terminano nel sindaco del capoluogo del circonda-
» rio. Quindi ha opinato non doversi accordare un terzo grado di
» giurisdizione nei detti casi. S. M. cui ho avuto l'onore di rasse-
» gnare questo parere, nel suo consiglio ordinario di stato dei 22
» del corrente, si è degnata di approvarlo. Nel Real nome, ecc. »

## SEZIONE 3.ª

### Della competenza in quanto alle azioni civili.

§. *CCX. — Principio che in generale fa attribuire al giudice amministrativo anche le azioni civili in fatto di vie pubbliche.*

§. *CCXI. — La quistione sulla pubblicità delle strade è d' interesse pubblico. Rescritti.*

§. *CCXII. — La competenza è sempre amministrativa, anche quando non si dubiti della qualità pubblica della via.*

§. *CCXIII. — È necessario che dalla istruzione risultino i segni della pubblicità. Se tali segni non esistano la competenza è ordinaria.*

§. *CCXIV. — L' amministrazione può sempre rivendicare la propria competenza, ancorchè veruna delle parti contendenti non eccepisca l' incompetenza del foro civile.*

§. *CCXV. — L' individuo non ha qualità per rivendicare una via come pubblica, quando agisce* ut singulus *senza un dritto proprio.*

§. *CCXVI. — Ma egli ha qualità per intentare la rivindicazione, quando il suo interesse sia fondato sopra un dritto proprio e personale.*

§. *CCXVII. — Può esservi luogo ad azione possessoria da parte di un privato, per un terreno che l' amministrazione dichiari far parte della via pubblica? — Distinzione.*

§. *CCXVIII. — Le azioni per danni cagionati alle strade, o in occasione di esse, sono generalmente di competenza amministrativa. Eccezione.*

§. *CCXIX. — Ma non sarebbe di competenza amministrativa l' azione per danni fatti indirettamente ad una strada, per l' esercizio di dritti di proprietà sul proprio fondo. Rescritti.*

§. *CCXX. — In generale, sono anche di competenza amministrativa tutte le azioni civili che dipendono dall' obbligo della manutenzione.*

## §. CCX.

*Principio che in generale fa attribuire al giudice amministrativo anche le azioni civili in fatto di vie pubbliche.*

508. Anche le azioni civili in materia di strade, deggiono, generalmente parlando, esser di competenza del giudice amministrativo. Nè si dica che con ciò si dia troppo estendimento alle attribuzioni di questo magistrato eccezionale: diremo per l' opposto, che un tale sviluppo della potestà giurisdizionale dell' autorità amministrativa, è l'indizio dei progressi dello stato sociale. Ed in effetti, fino a quando la legislazione non ha segnato con contorni definiti i poteri ed i limiti propri della gerarchia giudiziaria ed amministrativa, le cose del demanio pubblico non ricevono che una protezione assai debole dalla potestà governativa, e sono invece abbandonate continuamente alle intraprese ed alle usurpazioni dei privati. Ma a misura che l' interesse pubblico è meglio compreso, più eccita la sollecitudine e la protezione del governo, e più si estendono le attribuzioni del giudice amministrativo. I tribunali ordinari, abituati, per l' indole propria delle loro funzioni, a ravvisar tutte le quistioni sotto il punto di vista dell' interesse privato e del dritto stretto, ed alle forme lenti e solenni del procedimento ordinario, mancano delle condizioni essenziali per renderli atti a pronunziare prontamente su questa specie di controversie, ed a proteggere con efficacia ed imparzialità le cose del pubblico demanio, pari a quella che domina e regola le misure dell' amministrazione dettate per tale scopo.

509. In applicazione di questo principio, su cui poggia la giurisdizione amministrativa circa le azioni civili in fatto di vie pubbliche, una serie di rescritti ha determinato con molta nitidezza, in vari casi, fin dove si estende la competenza del giudice eccezionale, e quali ne sono i limiti. La prima specie di quistioni che

sono di competenza amministrativa, risguarda la occupazione sia totale, sia parziale di una strada; vale a dire, tutte le controversie nelle quali si disputi se la strada abbia o pur nò il carattere di pubblicità.

## §. CCXI.

### *La quistione sulla pubblicità delle strade è d' interesse pubblico. Rescritti.*

510. Ora è indubitato che ogni quistione sulla pubblicità, ancorchè si presenti sotto la forma di revindica, è di un eminente interesse pubblico, e perciò di competenza del giudice amministrativo. Sulla qual cosa è inutile riprodurre quei medesimi principî di che ho fatto cenno nel trattar delle acque. Varî rescritti hanno confermato un tal principio; ed è notevole fra gli altri quello del 9 agosto 1817 nella causa tra il sig. Giovanbattista Telesio di Cosenza, e taluni Comuni e particolari per una strada sul feudo.

511. Avea il Telesio chiusa per via di fatto una strada che transitava per un suo fondo: l' Intendente, ad istanza dei Comuni di Castelfranco, Marano Principato e Marano Marchesato, e di taluni privati che aveano adito il Consiglio d' intendenza, gli ordinò che la riaprisse. Rivoltosi il Telesio al tribunale civile che dichiarò la sua competenza, quell' Intendente elevava formale conflitto, sul quale diede fuori il suo avviso il Supremo Consiglio di Cancelleria. Sull' affare fu considerato, che l' espressioni dell' art. 6 della legge del 21 marzo 1817 sono generali, attribuendo al potere amministrativo tutte le controversie sulle strade, vale a dire, che niuna controversia è esclusa; e che fra tali controversie ci ha appunto quella, se il privato neghi di esser pubblica la strada da lui occupata, o in qualunque modo contenda il dritto del pubblico; — Che l' eccezione alla regola essendo solo se si tratti di sentieri o strade vicinali, non avviene ciò nella specie, perciocchè non trattasi di due o più vicini contendenti di una servitù, ma

di più popolazioni interessate, che pretendono aver dritto ad una pubblica strada ; — Che oltre all' incominciare della strada di traversa da luogo pubblico e finire in luogo pubblico, si ha in fatto che lo stesso padre di Telesio fin dal 1783 fece far bando penale contro tutti quelli che transitavano per essa ; dal che siegue, avere egli stesso riconosciuto non esser controversia con uno o più vicini, ma essere interesse dei cittadini di molti comuni, ai quali si fece far divieto penale per via di editto ; e perciò non andar compresa la presente controversia sotto la eccezione dei sentieri o strade vicinali. Non dubitandosi nella specie che i cittadini di più comuni facciano uso della strada, è perciò evidente che la controversia sta, se i cittadini dei comuni ricorrenti abbiano occupato il fondo del Telesio tramutandolo in via pubblica, ed abbia costui il diritto di revindicare la sua proprità ; ovvero, se il Telesio abbia occupato la pubblica via, controversia che per espressa disposizione della legge appartiene al Consiglio d' Intendenza. — Un tale avviso fu approvato col citato rescritto sovrano.

512. Un secondo rescritto sopra una quistione simigliante fu quello del 10 marzo 1820 tra Corti e Stajola; e fu concepito nei seguenti termini : — « Ho rassegnato al Re il parere dato dalle due » Camere di giustizia ed affari ecclesiastici, e dell'interno e finanze » del supremo consiglio di cancelleria sul conflitto di attribuzione » tra il tribunale civile del secondo Abruzzo Ulteriore e quel con- » siglio d' intendenza, tra D. Giambattista Corte e D. Crispino Sta- « jola, per la chiusura della strada pubblica dedotta da Corti a ca- » rico dello Stajola ; e la M, S., sulla considerazione che si trat- » ta di conoscere, se la strada occupata sia di proprietà pubblica, o » pure un sentiero vicinale di proprietà privata, ha dichiarato che » la conoscenza della causa anzidetta appartenga al contenzioso am- » ministrativo. Bene inteso però, che se nel tempo della decisio- » ne si venisse in chiaro che la strada in contesa non sia pubbli- » ca, ma vicinale, il potere amministrativo debba sospendere le sue » procedure, e rimettere la causa al potere giudiziario. Nel Real » Nome, ecc. »

## §. CCXII.

*La competenza è sempre amministrativa, anche quando non si dubiti della qualità pubblica della via.*

513. Ciò venne testualmente dichiarato da un Sovrano Rescritto del 25 ottobre 1817, con cui si proclamò la competenza amministrativa nella causa tra il Cav. D. Ignazio Lavagna ed il Comune di Reggio per una strada pubblica sul fondo del primo, cui si voleva dallo stesso sostituire altra all'estremità del suo fondo. Il detto Lavagna per dare eseguimento a questo suo disegno, intentò azione innanzi al tribunale civile per far chiudere la strada attraversante il suo fondo, offerendosi di aprirne un'altra. Il sindaco citato oppose l'incompetenza del potere ordinario, dovendo di tal causa conoscere il potere amministrativo. Sulla rispettiva dichiarazione di competenza di entrambi i fori fu elevato conflitto, il quale venne sciolto a pro della competenza amministrativa col citato rescritto.

514. Un altro Rescritto confermò il medesimo principio in un caso assai più dubbioso, per una controversia nata tra il Marchese Rinuccini e D. Vito Summonte, a cagione di talune opere fatte da costui per la costruzione di un molino, opere che in parte occupavano una strada ritenuta come pubblica. Il Rinuccini per distruggere la concorrenza coi suoi propri mulini, intentò un giudizio possessorio contro Summonte innanzi al giudice ordinario; e ciò prima del 1817. Questi, poggiandosi sulla pubblicità della via, presentò domanda all'Intendente per autorizzazione dell'opera mediante un canone. In questo tempo fu pubblicata la legge del 21 marzo 1817. Nacque allora conflitto: il tribunale poggiava la sua competenza sull'indole dell'azione d'interesse meramente privato, e sulla circostanza di trovarsi già in possesso del giudizio; il consiglio invece sosteneva trattarsi di occupazione di strada pubblica, sebbe-

ne contrastata dall' interesse privato. Un rescritto del 30 maggio 1818 sciolse il conflitto a pro del giudice amministrativo, e ciò sulla considerazione che trattavasi di una contesa nata ad occasione di una strada pubblica.

## §. CCXIII.

*È necessario che dalla istruzione risultino i segni della pubblicità. Se tali segni non esistono, la competenza è ordinaria.*

515. Non pertanto, questo principio regolatore della competenza amministrativa è applicabile in quei soli casi, nei quali la via sulla quale cade controversia abbia uno di quei segni visibili che le possono imprimere il carattere di pubblicità, e di cui innanzi ho fatto cenno. Ove tali segni mancassero, niun dubbio che la competenza sarebbe ordinaria. Ond' io reputo esser necessario, pel giudice adìto, investigare con indagini preventive, se la strada su cui cade quistione abbia o pur no i caratteri esterni della pubblicità, a fine di determinare innanzi tutto la propria competenza, secondo che esistano o pur no tali segni.

516. Su tal proposito noterò, che un rescritto del 23 agosto 1820 nel conflitto elevato per la causa tra Schiavitti e Corsini, dichiarò precisamente la competenza del potere giudiziario, pel motivo che una perizia ordinata dal giudice civile avea con sufficiente chiarezza assodata la qualità privata della via in quistione, non servendo essa ad un uso pubblico, nè ponendo in comunicazione due vie pubbliche tra loro. Schiavitti avea fatte talune innovazioni in una strada detta *Precolle*, le quali arrecavano un pregiudizio ai terreni che lungo la medesima possedevansi da Corsini: onde costui produsse i suoi reclami innanzi al giudice di circondario. Il convenuto oppose la incompetenza del giudice civile, deducendo esser la strada pubblica, non già vicinale; e ne reclamava all' Intendente. A fine di determinare il carattere specifico della strada da cui na-

scea controversia, vennero ordinate due perizie, l'una dal giudice, l'altra dall'amministrazione. Risultò dalla prima, che la via fosse un sentiero vicinale conducente alle possessioni di molti privati, che non menasse ad alcun luogo di uso pubblico, come selve demaniali, pascoli, molini, fontane, ecc.; che da ultimo fosse di per sè angusta, e non tale da permettere il transito a molte persone. Dalla seconda poi si tentò, ma vagamente, di assodare la sua qualità pubblica, adducendo per motivo, che essa conduceva alle possessioni di quasi tutti i cittadini, e che però fosse di uso pubblico. Il tribunale, ritenendola non pertanto come vicinale, e considerando che le controversie relative a tali strade sono del foro civile, dichiarò la sua competenza. L'Intendente per l'opposto elevava il conflitto, intorno al quale il Supremo Consiglio di Cancelleria disse, che dalle perizie risultava sufficiente pruova che la strada in quistione fosse vicinale, non pubblica, e che perciò fosse competente il potere giudiziario, ai termini dell'art. 6 della legge del 21 marzo 1816. Tale avviso fu approvato dal citato rescritto del 23 agosto 1820.

## §. CCXIV.

*L' amministrazione può sempre rivendicare la propria competenza, ancorchè veruna delle parti contendenti non eccepisca l' incompetenza del foro civile.*

517. Questo canone è tale che non può dar luogo al più lieve dubbio, perciocchè il silenzio dei contendenti, e la loro accettazione del foro ordinario, non può a questo attribuire una giurisdizione che ne è sottratta per motivi di ordine e d' interesse pubblico. Laonde se i litiganti in un giudizio relativo ad una strada non eccepiscano la sua incompetenza, perchè la ritengano come vicinale, è incontrastabile che può l'amministrazione, e per essa l'Intendente, come custode e difensore della competenza amministrativa, sospendere il corso del potere ordinario ed elevare il conflitto. Ciò

risulta specchiatamente da un rescritto degli 11 settembre 1819 per un conflitto elevato nella causa tra Turchetti e Mauli, perchè relativa a pubblica via.

518. Turchetti dedusse innanzi al regio giudice aver Mauli chiusa una strada vicinale a danno suo e di altri proprietarî, impedendosi con la detta chiusura ch' essi potessero recarsi nei propri fondi, e dissetassero gli animali in un vicino ruscello. Una perizia ordinata dal giudice assodò la qualità vicinale della via, e la necessità che si riaprisse. Fu in tale stato che l' Intendente della provincia, dietro indagini amministrativamente prese, volle richiamar la causa al potere amministrativo, sostenendo trattarsi di via pubblica e non vicinale. Ma per contrario essendosi il tribunale dichiarato competente, venne elevato formale conflitto di attribuzione. Il Supremo Consiglio di cancelleria interrogato sul proposito, osservò, che per dare con sicurezza il proprio avviso, era opportuno aver presente non meno le perizie ordinate dal regio giudice, che le indagini amministrativamente prese dall' Intendente; che dalle prime risultava essere antichissima la strada in contesa, ed essersi renduta quasi pubblica; che dalla perizia amministrativa poi rilevavasi chiaramente esser pubblica la via, perchè, avendo il suo principio da strada pubblica, conduceva ad un serbatoio di acqua addetto ad uso pubblico, ed usciva ad altra strada ugualmente pubblica, siccome emergeva altresì dalle attestazioni di più persone. Disse perciò che non potevasi dubitare essere quella strada una via pubblica, e non vicinale, e che il serbatoio dell'acqua fosse di pubblico uso. E perciò fu di avviso essere la causa di competenza del potere amministrativo, ai termini dell'art. 6 e 7 l. del 21 marzo 1817, siccome ciò venne confermato da un analogo rescritto degli 11 settembre 1819. Con tal rescritto adunque fu sanzionato il principio, che possa sempre il potere amministrativo rivendicare la propria competenza, ancorchè i contendenti non promuovano l'eccezione di pubblicità, e ritengano come vicinale la via sulla quale cade contesa.

## §. CCXV.

*L' individuo non ha qualità per rivendicare una via come pubblica, quando agisce* ut singulus *senza un dritto proprio.*

519. Quì cade in acconcio esaminare , quando è che possa il privato legalmente giovarsi della eccezione di pubblicità , o per dir meglio , quando possa egli aver qualità per agire contro un altro privato , nel suo proprio nome , per rivendicare la qualità pubblica di una strada. Una tale quistione non può altrimenti risolversi se non avendo presente il principio generale e regolatore di tutte le azioni , cioè che non basti il solo interesse per aver dritto a promuoverle , ma vi bisogna ancora la qualità : il primo senza la seconda non può mai dare ingresso ad azioni giudiziarie. Ed un tal principio è poi con maggior rigore applicabile alle azioni concernenti le università o comuni , attese le speciali disposizioni tramandateci dal dritto romano , in forza delle quali è riconosciuto , che tutto quanto appartiene alla personalità giuridica del comune , non è per questo solo motivo dovuto a ciascuno degl' individui che lo compongono : principio formolato da quelle parole , *si quid universitati debetur , singulis non debetur, nec quod debet universitas singuli debent.* Ogni giudizio adunque risguardante il demanio pubblico del comune , non può esser sostenuto nè promosso , se non da colui che rappresenti legalmente il comune stesso , e non mai dall' individuo privato nella sua semplice qualità di comunista.

520. Posto un tal principio, supponghiamo che la qualità pubblica della via venga oppugnata da taluno che l' abbia chiusa assumendola di suo privato dominio, e libera da qualsiesi specie di servitù ; supponghiamo ancora, che quegli il quale rivendica su di essa un dritto di passaggio , si presenti con la semplice veste d' individuo faciente parte del comune , e pretenda sperimentare il suo dritto di uso eccependo la qualità pubblica della strada stessa, sen-

za affacciare altro titolo nè altro dritto, se non quello soltanto ch'ei può esercitare come abitante del comune: in tal caso è chiaro, che la sua azione non sarebbe ammissibile, perchè tratterebbesi di rivendicare una pertinenza del demanio comunale, rivindica che non potrebb' essere regolarmente intentata se non dal rappresentante legale del corpo municipale. Può certamente dirsi, che il privato il quale intenti una simile azione ha un interesse non dubbio a far riconoscere il carattere pubblico della via, perchè solo in tal guisa può egli esercitare il dritto di uso attribuito a ciascuno degli abitanti; ma debbe osservarsi che questa specie d' interesse senza la qualità, non può essere bastevole a dargli il dritto di agire giudiziariamente. Nella specie non tratterebbesi già di un fondo, di cui gli abitanti del comune possano considerarsi come condomini indivisi; ma trattasi invece di una pertinenza del demanio pubblico municipale, il cui dominio eminente sta nella personalità collettiva ed astratta del comune; ed a quel modo che la revindicazione di un bene privato non può da altri esser fatta, se non da chi abbia la qualità di domino del fondo, a quel modo istesso la rivendicazione del demanio comunale non può essere attribuita, se non all'ente giuridico del comune che n'è il vero proprietario. Ond'è che ogni azione analoga non può essere esercitata se non in nome di questo, e da chi giuridicamente lo rappresenta.

## §. CCXVI.

### *Ma l' individuo ha qualità per intentare la rivendicazione, quando il suo interesse sia fondato sopra un dritto proprio e personale.*

521. Sarebbe però diversa la soluzione, ove colui che si opponga all' attentato commesso da un altro sulla strada, poggi la sua azione sopra una causa che gli sia propria e personale, e non già sulla sua semplice qualità di abitante del luogo: in tal caso egli

avrebbe non solo interesse, ma qualità per eccepire la natura pubblica della via e per rivendicarla nell'interesse comune. Ponghiamo a modo d' esempio, ch' essendo egli possessore di un fondo attiguo alla via su cui si è commesso l'attentato, voglia egli rivendicare la facoltà di esercitarvi tutte le servitù di passaggio necessarie all' uso del suo fondo, e per tal fine eccepisca il carattere pubblico del sentiero: allora tale eccezione da sua parte non potrebb' essere dichiarata inammissibile, perciocchè non si tratterà di un dritto sociale appartenente per la sua natura alla personalità del comune, ma solamente di un dritto individuale, che a lui è proprio e personale. Nè potrebbe desumersi un mezzo d' inammissibilità dalla circostanza, ch' egli debba o voglia provare esser quel fondo in realtà una via pubblica o comunale, perchè una tale pruova non costituisce in tal caso lo scopo, ma il mezzo dell' azione di rivindica. Tostochè il dritto rivindicato non è già un dritto comunale, ma un semplice dritto privato; tostochè un tal dritto è fondato sopra una causa o un titolo proprio e personale del reclamante, debbe la sua azione essere ammissibile; e sebbene per conseguir l' oggetto della sua azione, egli dimostri che il terreno su cui pretende esercitare il suo dritto di servitù sia una pertinenza comunale o una via pubblica, non pertanto non può dirsi che rivendichi per sè un fondo comunale ed eccepisca il dritto altrui, perciocchè egli non domanda altro che il godimento di un dritto o di una servitù che gli appartiene personalmente e che è fondata sopra una causa ed un dritto proprio.

## §. CCXVII.

### *Può esservi luogo ad azione possessoria da parte del privato per un terreno che l' amministrazione dichiari far parte di una via pubblica? — Distinzione.*

522. È quì anche il luogo di toccare un altro punto di non minore importanza circa le possibili azioni relative alle vie pubbli-

che, cioè quello tendente a determinare, se possa essere ammissibile l' azione possessoria, ed innanzi a qual giudice, da parte di colui che venga spogliato, come faciente parte della strada, di un pezzo di terra che si pretende appartenerle. Una tale quistione è stata vivamente discussa dagli scrittori e dalla giurisprudenza in Francia. Alcuni, fra i quali Cormenin (1) e Proudhon (2), dichiarano inammissibile l' azione possessoria, poggiandosi sul principio della imprescrittibilità delle strade; perciocchè, essi dicono, questa azione non può essere ammessa, se non in quanto il possesso, prolungato per tutto il tempo necessario alla prescrizione, possa menare all' acquisto della proprietà. Ora, se lo stato ed i comuni possono esercitare l' azione possessoria contro i proprietarî limitrofi alle strade, costoro poi non han dritto ad intentarla contro lo stato ed i comuni, appunto perchè non possono prescrivere col possesso. Ed a favore di questa opinione soggiungono, che avendo la sola amministrazione il dritto di riconoscere e fissare i limiti delle strade, sarebbe dare al giudice la potestà di opporsi agli atti amministrativi, ove si autorizzasse l' esercizio dell' azione possessoria.

523. Non ostante questa opinione negativa, Serrigny (3) procede ad una distinzione, la quale parmi che dovrebbe accogliersi. Senza dubbio, egli dice, il proprietario limitrofo ad una strada non può, mediante il nudo possesso, prescriverne il suolo; nè meno può arrestare l' azione dell' amministrazione la quale ha potestà per ristabilirla nella sua larghezza, e ripristinar la viabilità su tutto il terreno ch' essa dichiara farne parte. Ma a fronte di questo potere trovasi il dritto del proprietario di far dichiarare la sua proprietà dai tribunali, se, com' ei pretende, sia egli in realtà proprietario del terreno che possiede, e che dall' amministrazione sia compreso nella via pubblica. Importa grandemente al confinante far dichiarare ch' egli è nel godimento del possesso annale del terreno che a

(1) T. 1. p. 311.

(2) Del Dem. Pubb. n. 237 e 627.

(3) Della competenza in materia contenz. amm. n. 694.

lui si contrasta; perchè spesso la decisione sul possessorio trae seco la soluzione della quistione di proprietà. Ciò posto, non si comprende perchè il confinante, in possesso di un terreno che si sostiene far parte della via pubblica, non possa essere ammissibile a citare innanzi al giudice lo stato o il Sindaco, quando si fissa un allineamento che, secondo lui, lo costringe a cedere il suo terreno alla via pubblica. Al certo non potrebbe egli presentare la consueta conclusione per manutenzione nel possesso, nè pretendere di far cessare gli atti amministrativi che lo turbano nel suo possesso: il giudice non potrebbe pronunziare in questo senso, senza invadere ed impedire l' esercizio del potere dell' autorità amministrativa. Ma l' amministrazione non verrebbe turbata nella sua azione mediante la dichiarazione pura e semplica del possesso annuale del proprietario. Allora una tale sentenza pronunziata in possessorio assoderà unicamente un fatto, il quale potrà servir di mezzo al confinante per appoggiare la sua domanda d' indennità. In tal guisa l' ammessibilità di questa azione non avrebbe nulla d' incompatibile col principio della imprescrittibilità delle vie pubbliche. In effetti, il proprietario ben potrebbe dire: io non oppugno questo principio, nè il potere di fissare i limiti della strada; ma pretendo solamente che voi abbiate compreso in essa una parte del mio terreno, di cui mi trovava in possesso da oltre un anno ed un giorno: convenite di questo possesso, affinchè io possa crearmene un mezzo innanzi al tribunale civile per far riconoscere il mio dritto di proprietà; ovvero, io vi citerò innanzi al giudice per far riconoscere questo fatto, ad oggetto di non perdere i vantaggi del possessorio, sotto il rapporto della pruova ulteriore del dritto di proprietà. Ammettere un sistema contrario, sarebbe lo stesso che mettere la maggior parte dei proprietarî limitrofi nella impossibilità di reclamare una indennità pel terreno che loro si toglie. — Questa opinione circa l' ammissibilità dell' azione possessoria, in questo senso limitato, in materia di vie pubbliche, è confermata da varî arresti di quella corte di Cassazione, quali son quelli del del dì 8

luglio 1829, 16 febbraio e 4 decembre 1833, e 12 decembre 1836 (1).

524. Ben s' intende che una tale opinione può accogliersi nel solo caso ora figurato, cioè quando l' amministrazione, esercitando il suo potere attivo, fissi un allineamento che vada a comprendere una parte di suolo, di cui il privato trovasi in possesso. Ma sarebbe tutt' altra la soluzione, allorchè si trattasse di un giudizio che s' intenti non già dal privato per far riconoscere il suo possesso, ma contro il privato come occupatore del suolo pubblico. In questo secondo caso, prendendo l' azione essenzialmente la forma di un giudizio di occupazione, non può esservi dubbio che la competenza sia esclusivamente del giudice amministrativo, secondo il testo della legge, e che il privato convenuto nel giudizio non potrebbe trincerarsi sotto il presidio del possesso.

525. Se non che, anche nel caso di un giudizio di occupazione può divenire ammissibile l' azione possessoria da parte del proprietario turbato, e la competenza sarebbe quindi del giudice ordinario, allorquando si trattasse di un' antica via che avesse perduta la sua destinazione pubblica, ovvero che non fosse attualmente destinata a pubblico uso. Pei principi esposti altrove è indubitato, che la circostanza dell' attualità di destinazione ad un uso pubblico, è quella che rende la cosa una pertinenza del pubblico Demanio; e che dal momento in cui cessa questa destinazione, il fondo perdendo la sua privata qualità, rientra nella proprietà dello stato, e diventa quindi prescrittibile perchè contro lo stato si prescrive. Come dunque l' azione possessoria non è ammissibile fino a che impera il principio della imprescrittibilità, per la stessa ragione essa diventa ammissibile quando un tal principio cessa di essere operativo. E però il possessore del suolo di un' antica via abbandonata può agire giudiziariamente per la manutenzione in possesso, contro chiunque lo turbi nel suo godimento.

(1) V. Journ. du Pal., anni citati.

## §. CCXVIII.

*Le azioni per danni cagionati alle strade, o in occasione di esse, sono generalmente di competenza amministrativa. Eccezione.*

526. Indipendentemente dalle azioni risguardanti la determinazione della natura di una via, e la sua occupazione, ci hanno altri giudizi civili, i quali possono dar luogo a dubbi di competenza. Tali son quelli relativi ai danni commessi, sia dai privati sulle strade, sia dagli appaltatori delle strade verso i privati, che sono in ambo i casi, e generalmente parlando, di competenza amministrativa.

527. Nel caso di danni cagionati dai privati, niun dubbio che l'azione sia giudicabile dal giudice amministrativo, stante la testuale disposizione della legge, la quale lo dichiara nell' art. 6; e ciò, tanto se si agisca contro il privato in linea penale, quanto in linea civile pel semplice risarcimento. Nè meno può nascer dubbio nel secondo caso, cioè quando si tratti di danni cagionati ai privati: ed in effetti, quando costoro si fanno a reclamare la riparazione di danni patiti nella esecuzione di lavori per le strade, la loro dimanda non può essere considerata come una semplice azione d'interesse privato, perciocchè essa ha relazione a fatti o operazioni amministrative, eseguite per un servigio ed un interesse pubblico; ond' è che il solo giudice amministrativo può pronunziarvi.

528. Osserverò non pertanto, che se indubitatamente è un giudizio di contenzioso amministrativo la dimanda di risarcimento promossa dal privato contro l' imprenditore, non è così poi dell' azione di regresso che intentasse l' imprenditore condannato, per essere risarcito contro i suoi operai di quanto ha pagato per loro colpa. Questa azione è puramente individuale tra l' imprenditore ed il suo operaio; nè contenendo in sè nulla che si riferisca ad un servigio pubblico o agl' interessi dello stato, rientra nella competenza del giudice ordinario.

## §. CCXIX.

*Ma non sarebbe di competenza amministrativa l' azione per danni fatti indirettamente ad una strada per l' esercizio di dritti di proprietà sul proprio fondo. Rescritti.*

529. A me pare non pertanto, che sia d' uopo eccettuare da questo principio generale di competenza amministrativa su i danni, quei casi nei quali i danni cagionati da un privato ad una strada non vengano operati in un modo diretto, come quando si facesse un taglio di alberi, un cavamento di terreno sulla strada stessa, ec.; ma dipendano indirettamente dall' esercizio dei propri dritti, operato dal proprietario sul suo fondo. In tal caso non può esser dato al giudice amministrativo valutare la estensione ed i limiti giuridici di questi dritti di proprietà privata, ma al solo giudice ordinario, tutore e custode di ogni maniera di dritti patrimoniali dell' individuo: egli solamente, avendo potestà propria ed esclusiva per valutarli, può reprimerne l' abusivo esercizio ed obbligare al risarcimento verso il danneggiato.

530. In questo senso appunto trovo emesso un parere del Consiglio di Stato del 4 maggio 1811 per la competenza del tribunale ordinario in una causa tra il Comune di Matera ed un particolare per danni da costui fatti ad una pubblica strada, procedenti da un lavoro sotterraneamente eseguito nella casa di sua abitazione. Fu allora considerato, che tali danni non potevano essere risguardati come conseguenza della violazione dei dritti del comune, ma come l' esercizio legittimo che il privato avea fatto dei propri; e che questi, o bene o male esercitati, erano per loro natura inerenti alla proprietà del privato medesimo, ed in conseguenza rimessi, sì per determinarne l' indole che l' estensione, al giudizio dei tribunali ordinari (1).

(1) V. in Santoro, t. 2. p. 5, Collezione dei Rescritti.

531. Lo stesso principio può dirsi confermato da un Rescritto del 9 ottobre 1839 tra il comune di Casteldiere e Gaetano de Angelis in un conflitto elevato per un giudizio di nunciazione di nuova opera. Avea il comune adito il R. Giudice per inibire talune fabbriche sottoposte ad un bastione che sostiene la pubblica piazza, usurpandosi, come si asseriva, un muro comunale, e privandosi i cittadini del prospetto che forma l' amenità del luogo. De Angelis per l' opposto sosteneva di aver piantato il muro sul proprio fondo, e che ancorchè una tale innovazione toglieva la veduta, non poteva però essergli inibita. L' Intendente promosse un conflitto, pretendendo richiamar la causa al giudice amministrativo. Il Rescritto distinse il giudizio di nunciazione pei danni temuti o inferiti alla pubblica piazza, da quello sulla proprietà del muro in quistione, dichiarando il primo di competenza ordinaria, il secondo amministrativo; e ciò nei seguenti termini: « S. M. ha considerato che » il motivo dedotto dal rappresentante del comune, è che de An» gelis veniva ad occupare il muro comunale che serve di sostegno » alla pubblica piazza e di comodo alla popolazione, il che fa ri» cadere la controversia nelle disposizioni dell' art. 7 della legge » del 21 marzo 1817, e propriamente in quella parte che dichia» ra di competenza del contenzioso amministrativo tutto ciò ch' è » una dipendenza delle strade o di altra proprietà pubblica. Che » interessa alla pubblica amministrazione che non si faccia alcun » attentato ad un muro che sostiene la pubblica piazza. E quindi » uniformemente all' avviso della Consulta, si è la M. S. degnata » nel Consiglio ordinario di Stato del 30 prossimo passato settem» bre, dichiarare che nel giudizio di nunciazioue di nuova ope» ra tendente ad inibire le nuove fabbriche, ed a far demolire » quelle fatte dopo la inibizione, proceder debba l' autorità giu» diziaria. Per ciò poi che concerne il verificare a chi apparten» ga la proprietà del muro, se al comune o a de Angelis, e » se il medesimo serva di sostegno alla piazza e di comodo alla » popolazione, debba procedere l' autorità amministrativa. Benve-

» ro, venendosi in chiaro che il muro non appartenga al comu-
» ne, debba sospendere le procedure e rimettere la causa all' au-
» torità giudiziaria. Nel Real nome lo partecipo, ec. ».

## §. CCXX.

*In generale, sono anche di competenza amministrativa tutte le azioni civili che dipendono dall' obbligo della manutenzione.*

532. Vengono in ultimo luogo le azioni dipendenti dall' obbligo di manutenzione delle vie pubbliche, che anch' esse rientrano sotto la competenza amministrativa per espressa disposizione della legge, perchè costituendo tale manutenzione un importante servigio pubblico, imprime un interesse eminentemente pubblico ai giudizî che vi si riferiscono. E tali giudizî possono aver luogo o tra i privati e gli appaltatori della manutenzione pei danni che ne possono procedere, ovvero tra questi ultimi e l' amministrazione per la esecuzione dei contratti di appalto. In ambo i casi è sempre il giudice amministrativo che debbe pronunziare.

533. I giudizî della prima specie nascono ordinariamente per le estrazioni di materiali che fanno gli appaltatori nei fondi privati, ad oggetto di manutenere la via. Su tal proposito un rescritto del 4 decembre 1822, dichiarava a norma dei principî la competenza amministrativa, con le seguenti parole: « Ho rasse-
» gnato a S. M. l' avviso dato dalla commissione incaricata di esa-
» minare le quistioni di competenza fra le autorità giudiziarie ed
» amministrative su i conflitti elevati dall' Intendente di Principato
» citeriore nelle cause intentate nel giudicato regio di S. Cipria-
» no da Linguiti, Camando e d' Amato, contro Carino, Contorti
» e Capuano, onde prevenire i danni che temono poter derivare
» ai loro fondi, pel brecciame che i tre ultimi fanno estrarre dal
» fiume Piacentino e dal torrente Tuorni, per covrire la strada
» che conduce a Giffoni, di cui sono appaltatori. E. S. M., udi-

» to il parere del consiglio di Stato, in data del 18 dello spi-
» rante in Verona, ha determinato che nelle indicate quistioni deb-
» bano procedere le autorità del potere amministrativo ».

534 Il medesimo principio di competenza è stato fissato ancora per la seconda specie di giudizi con un rescritto del 13 luglio 1839, tra Ferraro, Patturelli ed il comune di Casoria. In quella specie militava ancora la potentissima ragione, che trattavasi di un' azione civile dipendente dal contratto fatto dalla pubblica amministrazione.

## CAPO SECONDO

### DEI LAVORI ED OPERE PUBBLICHE

§. *CCXXI. — Principio generale della competenza amministrativa in tal materia. A quante specie di giudizî può dar luogo un' opera pubblica.*

§. *CCXXII. — Espropriazione e metodo di apprezzo — Quid se il fondo sia soggetto a vincoli ipotecarî o ad una spropria?*

§. *CCXXIII. — Quistioni tra l' amministrazione e gli appaltatori. Principio che regola la competenza. Rinvio.*

§. *CCXXIV. — Quid se si tratti di lavori ed opere per beni patrimoniali dello stato o del comune?*

§. *CCXXV. — Quistioni tra gli appaltatori ed i privati per danni materiali temporanei. Rinvio.*

§. *CCXXVI. — In caso di danno permanente o di servitù indotta dall' opera sul fondo privato, non potrebbesi agire con azione possessoria o petitoria. Rescritto.*

§. *CCXXVII. — Ma quale sarà il giudice competente ad assodare l' esistenza del danno permanente o della servitù? Distinzione. Rescritti.*

## §. CCXXI.

*Principio generale della competenza amministrativa in tal materia. A quante specie di giudizi può dar luogo un'opera pubblica.*

535. Le opere ed i lavori pubblici, presi in una larga significazione, costituiscono un importante obbietto delle funzioni amministrative, perchè essi si propongono di raggiungere due grandi scopi: l'uno, di soddisfare a certi bisogni interessanti tutta l'universalità dello stato, o le minori associazioni che lo compongono; l'altro, di divenire il mezzo col quale, buona parte dei valori raccolti nelle casse dello stato mercè le pubbliche imposte, si riversino e diffondano tra le classi povere, che traggono appunto da tali opere una esistenza pressochè agiata e sicura. Egli è perciò che la moltiplicità ed il perenne avvicendarsi dei pubblici lavori in uno stato, sarà sempre non l'indizio, ma la pruova più certa di un' amministrazione e di un governo bene ordinato, savio e civile.

536. Ma nella serie non interrotta di tutte le operazioni ed i fatti indispensabili all'eseguimento delle opere pubbliche, è impossibile che l'interesse collettivo non si scontri con l'interesse individuale, e non ingeneri quelle contese, le quali manifestandosi sotto la forma di veri dritti in collisione, han mestieri di esser diffinite in via contenziosa. Di quì l'esercizio necessario della giurisdizione contenziosa in tali materie, pronta sempre a rimuovere il più prestamente possibile gli ostacoli, da cui viene impedito l'esercizio della pura azione amministrativa. Nè poi è a dubitare, che per massima generale tale giurisdizione debba essere attribuita al giudice amministrativo, percioechè tale competenza discende come un corollario diretto del principio a cui mette capo la necessità di una giurisdizione amministrativa, vale a dire, che tutte le contese sorte tra l'interesse individuale e l'amministrazione, operante come tale e rappresentante un interesse pubblico, non potrebbero esser decise dal-

l'ordine giudiziario, senza renderlo superiore alla gerarchia amministrativa.

537. Ora quattro ordini principali di quistioni possono sorgere in materia di opere e lavori pubblici, cioè: 1.° quistioni concernenti la espropriazione dei fondi che deggiono essere occupati dalle opere; 2.° quistioni tra l'amministrazione e gl'imprenditori delle opere medesime; 3.° quistioni relative ai danni cagionati ai privati nella esecuzione dagl'imprenditori; e 4.° quistioni di servitù che l'opera o il lavoro può indurre su i fondi dei privati.

## §. CCXXII.

*Espropriazione, e metodo di apprezzo. — Quid se il fondo sia soggetto a vincoli ipotecarî o ad una spropria?*

538. Allorquando l'interesse pubblico esige dal privato la cessione della sua proprietà, è il caso della espropriazione per causa di pubblica utilità. E poichè essa avviene pel ministerio della legge che la prescrive, così è chiaro che non può far nascere altra specie di quistioni, se non quelle relative al prezzo della proprietà espropriata. Ora in tale apprezzo, come altrove ho notato, non si dà luogo a contesa propriamente detta, perchè la determinazione del valore del fondo si fa amministrativamente, a norma delle istruzioni che accompagnano il decreto del 22 ottobre 1811, del Rescritto del 2 settembre 1826, e del Decreto del 13 agosto 1839 sulle opere di bonificazione delle terre paludose.

539. Ma quale poi sarà il mezzo per tutelare i diritti dei terzi che potessero avere sul fondo delle ragioni di credito? Potrebbe mai dirsi per avventura, che quando esso sia soggetto a vincoli ipotecarî, non possa essere espropriato per ragioni di pubblica utilità, se non intesi i creditori? No, senza dubbio, perchè costoro non possono avere un dritto maggiore di quello che può avere lo stesso proprietario. Potrebbero solamente esercitare un' azione sul prezzo

del fondo ; ed a ciò appunto ha provveduto il mentovato Rescritto del 1826, col quale si dispone , che fissato amministrativamente il prezzo, se ne fa la legale pubblicazione, affinchè nel corso di un mese i creditori e tutti coloro che possono avervi dritto compariscano innanzi all'Intendente per impedire i pagamenti. Ove questo pubblico funzionario non riesca a mettere di accordo le parti, farà il deposito delle somme presso la cassa di ammortizzazione. E da questo punto che cessa ogni ingerenza amministrativa, e rivive la competenza ordinaria per la decisione di tutte le quistioni concernenti la distribuzione del prezzo fra i creditori.

540. Ed è notevole ancora, che lo stesso procedimento dovrebbe tenersi nel caso in cui , non si trattasse solamente di semplici iscrizioni ipotecarie , ma di una formale espropriazione giudiziaria già incoata da qualche creditore. In tal caso , dovendo l' interesse privato cedere innanzi all' interesse pubblico , la espropriazione per pubblica utilità sospenderebbe ogni procedimento giudiziario, il quale riviverebbe solamente dopo il versamento del prezzo pagato dall'amministrazione , ed in quanto concerne la graduazione dei creditori su questo prezzo medesimo.

## §. CCXXIII.

### *Quistioni tra l'amministrazione e gli appaltatori. Principio che regola la competenza. Rinvio.*

541. L'art. 10 della legge del 21 marzo 1817 in termini positivi stabilisce la competenza amministrativa per tutte le quistioni che nascono tra l' amministrazione da una parte, e gl'imprenditori dall'altra. Ed il principio che giustifica una tale competenza è stato da me enunciato nel precedente numero 536, ove ho detto che tali contese sono d'interesse pubblico , e non di puro interesse privato.

542. Se non che, una tale regola trova un limite nella stessa legge, la quale dispone, che questa competenza debba intendersi nei

sensi dell'art. 8. E dunque questo articolo che bisogna consultare per determinare con precisione i casi nei quali è provocata la giurisdizione amministrativa in tal materia, e quelli nei quali rivive la competenza ordinaria: senza di ciò si darebbe al principio da me enunciato una tale latitudine, che non è nè nello spirito, nè nella lettera della legge.

543. Ora il detto art. 8 parla delle quistioni che possono sorgere ad occasione dei contratti della pubblica amministrazione, e riduce a tre capi le contese di competenza del giudice amministrativo, cioè, 1.° quelle che riguardano la validità dei contratti medesimi; 2.° quelle che versano sulla legalità delle forme e dei solenni adoperati in essi: e 3.° quelle altre che possono cadere sulla loro spiegazione ed interpetrazione. Dunque è chiarissimo che non tutt'i giudizi nati tra l'amministrazione e gl'intraprenditori sono assolutamente di competenza amministrativa, ma quelli soltanto i quali, nell'esistenza di un contratto, possano rannodarsi ad uno dei tre capi enunciati. Tutti quegli altri poi che escono fuori il campo della validità, o legalità, o interpetrazione del contratto, ancorchè dipendessero o fossero occasionati dal contratto stesso, vanno allogati nel novero di quelle azioni meramente civili, contemplate dal n.° 3 dello art. 5 della stessa legge, e che essa dichiara di pura competenza ordinaria. Ma poichè l'intelligenza di questa regola e le sue applicazioni rientrano nello sviluppo dei principi generali relativi alla competenza in materia di atti amministrativi, è perciò che mi riserbo dar più estesi chiarimenti sul proposito nel titolo ove mi occupo a trattare della competenza circa tali atti. Pel momento è bastevole averne data la semplice enunciazione; e sarebbe opera inutile svilupare ora quel che va detto in luogo più opportuno.

## §. CCXXIV.

*Quid se si tratti di lavori ed opere per beni patrimoniali dello Stato o del comune?*

544. Secondo la giurisprudenza e gli scrittori francesi, per esservi competenza amministrativa nelle contese tra l'amministrazione e gli appaltatori, è indispensabile che si tratti di contratti di opere e lavori pubblici, nel senso rigoroso della parola. Si fa colà distinzione tra i lavori che lo stato o il dipartimento fanno eseguire come incaricati della pubblica amministrazione, da quelli che fanno eseguire come semplici proprietarî o persone private. In effetti, lo stato e il dipartimento possono possedere, come semplici particolari, dei beni che diconsi patrimoniali appunto perchè non hanno un uso o una destinazione pubblica, come sono i campi, i boschi, ed ogni altra specie di fondo rustico o urbano. Ora i contratti relativi alla costruzione ed alle riparazioni dei fabbricati, ed alle altre opere appartenenti a queste specie di beni, non son considerati come atti relativi ad opere pubbliche propriamente dette, nè son tenuti come appalti di lavori pubblici. Non avendo perciò lo stesso carattere di urgenza e di utilità immediata pel pubblico, il quale non ne profitta direttamente, sono da quella giurisprudenza sottoposti alla giurisdizione ordinaria.

545. Ma se questa distinzione, astrattamente considerata, non ammette dubbio alcuno, non può però partorire tra noi la stessa conseguenza, attesa la generale disposizione contenuta nell'art. 8 di sopra mentovato. Imperciocchè, avendo questo articolo dichiarato, in termini generali, di competenza amministrativa tutte le contese riguardanti la validità, legalità o interpetrazione dei contratti dell'amministrazione pubblica, è chiaro che riesce indifferente se il lavoro o l'opera, scopo del contratto, abbia o pur no il carattere di lavoro pubblico o di lavoro concernente il patrimonio della personalità mo-

rale, perchè in ambo i casi l'atto partirà sempre dall' amministrazione, la quale dee godere, ai termini di legge, del privilegio di foro, ogni qual volta venga in esame la validità, la legalità o interpetrazione dei suoi atti. Che l' amministrazione adunque faccia un contratto per un' opera di utilità pubblica e generale, o che lo faccia per un lavoro concernente il patrimonio dello stato, una tale diversità di oggetto non muterà nè modificherà il principio della competenza, la quale apparterrà sempre al giudice amministrativo quante volte il giudizio versi sopra uno dei tre capi enunciati. Come per lo rovescio, sì nell' un caso che nell'altro, tanto cioè se si tratti di opera pubblica, quanto di lavori per beni patrimoniali, la competenza apparterrà al giudice ordinario, quante volte il giudizio, uscendo dal campo della validità, legalità o interpetrazione del contratto, vada nella classe di quelle azioni civili che la stessa legge attribuisce espressamente al giudice civile. La quale regola riceverà un più esteso sviluppo allorquando mi farò ad enunciare i principi direttivi della competenza in fatto di atti amministrativi.

546. È ben vero che la quistione potrebbe stare nel vedere, se gli atti ed i contratti riguardanti la gestione patrimoniale possano qualificarsi come atti di amministrazione pubblica, nel senso della legge. Ma sul proposito toglie ogni dubbio la costante nostra giurisprudenza, la quale considera come tali non solamente quelli fatti in un interesse generale o collettivo e per un fine di pubblica utilità, ma quelli eziandio che il funzionario o l'amministratore fa con tal qualità nell' interesse e per la gestione patrimoniale della personalità morale: la qual cosa sarà notata con più precisione a suo luogo. Ond' è evidente che non può muoversi dubbio sulla competenza, nel senso ora detto, tanto se si tratti dell'una che dell'altra specie di lavori.

547. Nè meno poi, potrebbe nascer tra noi, stante le cose ora dette, quella fluttuazione che si ravvisa nella giurisprudenza del Consiglio di Stato in Francia, circa la quistione, se i lavori comunali debbano essere assimilati ai lavori pubblici sotto il rapporto della

competenza, in guisa che debbano i giudici amministrativi decidere delle contese sorte tra i comuni e gli appaltatori. Nelle decisioni di quel supremo collegio s' incontrano continue contradizioni, perchè molti arresti hanno assimilati i lavori comunali ai pubblici, e proclamato la competenza amministrativa; mentre molti altri, e quasi in pari numero, han rigettato l'assimilazione, e mantenuta la competenza dei tribunali ordinarî. Ma questo dubbio non potrebbe nascer tra noi, non solamente perchè la disposizione generale dell' art. 8 respinge coi suoi stessi termini una simile distinzione, ma anche perchè non esitiamo nell'affermare, che le opere ed i lavori comunali concernono direttamente un interesse collettivo, che imprime necessariamente ad essi il carattere di cosa pubblica. In quella guisa che si riconosce l' esistenza di un demanio pubblico nazionale, e di un demanio pubblico comunale, a quel modo istesso vi sono lavori pubblici d' interesse generale dello stato, e lavori pubblici d' interesse locale; ed è appunto questa collezione d' interessi locali, che dee fare attribuire a questa specie di lavori la qualità di opere pubbliche nel senso della legge. Ed in effetti, se per un' opera comunale è riconosciuto potersi agire in via di espropriazione, come mai si potrebbe negare la qualità pubblica al lavoro che ne è oggetto?— Dalla qual cosa risulta incontrastabile la competenza amministrativa anche per le opere di puro interesse comunale, nè quindi potrebbesi accettare l' opposta opinione seguita da qualche scrittore.

## §. CCXXV.

### *Quistioni tra gli appaltatori ed i privati, per danni materiali temporanei. Rinvio.*

548. Un terzo ordine di quistioni è di quelle che nascono tra gli appaltatori di opere e lavori pubblici ed i privati, per danni materiali temporanei dai primi cagionati ai secondi. Dico temporanei, perchè procedono dal fatto degli appaltatori stessi e per la

esecuzione dell' opera stessa : quelli per l' opposto che avessero il carattere di danni permanenti , son quelli cagionati dalla natura dell' opera , e non dal fatto speciale degli appaltatori, e perciò formano un' altra specie di contese, di cui or ora mi occuperò. Quelle adunque derivate dai danni operati dagli appaltatori sono senza dubbio di competenza amministrativa : sul quale proposito sarebbe inutile quì ripetere quello stesso che ho detto parlando delle strade nel capo precedente , a cui rinvio il lettore. Ed è certamente ineluttabile il principio che giustifica questa competenza, perciocchè l' amministrazione che fa eseguire dei lavori , non esercita l' ufficio di persona privata , ma rappresenta il potere attivo posto a capo dello stato per amministrarne gl' interessi e soddifarne le esigenze. Ora gli appaltatori da lei incaricati agiscono in suo nome , e la rappresentano ; dal che è evidente che non potrebbero essere tradotti innanzi ai tribunali per questi fatti eminentemente amministrativi , perchè altrimenti , con questa via indiretta , le operazioni dell' amministrazione sarebbero assoggettate al potere del giudice ordinario, e ciò contro il principio su cui è fondata la loro reciproca separazione ed indipendenza.

## §. CCXXVI.

### *In caso di danno permanente o di servitù indotta dall' opera al fondo privato , non potrebbesi agire con azione possessoria o petitoria. Rinvio.*

549. Rimane poi a far cenno di un' ultima specie di quistioni , cioè quelle che sono mosse dai privati , non già per quei danni cagionati loro dal fatto temporaneo della esecuzione , ma per quei danni permanenti che l' opera induce alla loro proprietà , imponendo ad essa una servitù che prima non esisteva : nel qual caso ben si scorge , che la contesa non si agita tra il privato e l'esecutore , ma tra il privato e l' amministrazione stessa. Ora in tali

casi quali azioni potrà il proprietario esercitare, e chi ne sarà il giudice?

550. Innanzi tutto è a notare, che al privato non mai potrebbe competere un' azione per impedire o far distruggere l'opera pubblica, da cui derivasse un danno permanente o una servitù sul suo fondo, perciocchè ogni interesse dell' individuo dee cedere innanzi all' interesse collettivo e generale. Ecco perchè non potrebb' egli avere ingresso nè ad un'azione possessoria, nè alla petitoria contro l'opera disposta ed eseguita dall'amministrazione in virtù dei suoi poteri propri ed essenziali. Ove altrimenti fosse, si vedrebbe lo sconcio che un'opera pubblica, richiesta dall' interesse generale, potrebbe ad ogni istante venir sospesa dal reclamo giudiziario del privato, la cui azione avrebbe per effetto immediato di sottoporre al giudice, qualunque esso sia, le operazioni della pubblica amministrazione. Ogni danno, ed ogni lesione per un' opera pubblica non trae seco altro dritto che quello del risarcimento, ma non mai la facoltà esorbitante d' impedir che l' opera si esegua o si compia.

551. Su questo principio di ragion pubblica poggia precisamente il sovrano rescritto del 30 luglio 1823 nella causa tra la Direzione generale dei ponti e strade e D. Nicola Scarpa. Eccone le parole: « Ho rassegnato a S. M. le carte concernenti il con-
» flitto di attribuzione tra il tribunal civile di questa capitale ed
» il Consiglio d' Intendenza quì del pari residente, nella causa
» tra la Direzione generale di ponti e strade e D. Nicola Scar-
» pa. Questi erasi doluto rimaner danneggiato un fondo di sua
» proprietà, a cagione di un muro, che la Direzione genera-
» le, nell' idea di mantenere la strada detta del Campo di Mar-
» te, avea fatto costruire accosto al medesimo; e quindi avea chie-
» sto innanzi all' autorità giudiziaria demolirsi questo muro, ed es-
» sere indennizzato dei danni ed interessi che per esso allegava aver
» sofferto. S. M. ha considerato, che non possono i giudici del con-
» tenzioso giudiziario e quelli del contenzioso amministrativo cono-
» scere ad istanza dei privati, e senza una preventiva superiore

» autorizzazione, della regolarità delle operazioni disposte dalle pub-
» bliche amministrazioni, o dei danni per esse ai medesimi cagio-
» nati; che i privati i quali avessero motivo a dolersi delle opera-
» zioni delle pubbliche amministrazioni o dei danni per esse rice-
» vuti, debbano per la via del ricorso avanzare i loro richiami al
» R. Trono, ed ai Ministri Segretari di Stato; e che dietro que-
» sti richiami, presa cognizione dell' affare, possa disporsi supe-
» riormente, qualora vi sia luogo, la repressione dell' abuso, la
» rettificazione dell' eccesso, o in fine la liquidazione del danno.
» Per tali considerazioni S. M., udito il parere del Consiglio or-
» dinario di Stato, con decisione del 30 luglio corrente anno in
» Firenze, ha risoluto non esservi luogo ad elevazione di conflitto
» nella specie; e che debba considerarsi e convertire in ricorso al-
» la M. S. l' istanza prodotta da D. Nicola Scarpa presso l'autori-
» tà giudiziaria ».

## §. CCXXVII.

*Ma quale sarà il giudice competente ad assodare l' esistenza del danno permanente o della servitù? Distinzione. Rescritti.*

552. Ma se al privato è negata un' azione giudiziaria qualunque per impedire l' opera disposta dalla pubblica amministrazione, è innegabile però che a lui competa un' azione per assodare l' esistenza del danno o della servitù indotta al suo fondo dall' opera, e per farne valutare il *quantum interest*; perciocchè, se egli non potrebbe mai avere il dritto di opporsi ad un' opera ordinata amministrativamente, una tale opera non pertanto non può eseguirsi se non sotto la condizione sottintesa, *salvo jure alieno*, vale a dire, salvo il risarcimento del danno altrui. Nè in tal caso potrebb' egli esser sottoposto alle norme che regolano l' espropriazione per utilità pubblica, perciocchè per darsi luogo ad espropriazione ed alle sue forme, debb' esservi occupazione totale o parziale del fondo;

ma allorchè manca una tale occupazione, e si tratta solamente di un danno temuto o inferito, che prende l'aspetto di una servitù forzosa, allora è mestieri assodare l'esistenza di questo danno o di questa servitù, per poscia farne la valutazione. Ora, a qual giudice sarà delegata la facoltà di assodare l'esistenza del danno o della servitù, e di farne la valutazione giuridica?

553. Il mentovato rescritto Scarpa, dopo aver fermato il principio di cui ho fatto parola nel precedente paragrafo, dichiara la competenza ordinaria con le seguenti parole: — « Ha risoluto inol- » tre S. M. che il tribunale civile di Napoli debba procedere sulle » istanze di D. Nicola Scarpa, in contradizione dell'Amministrazio- » ne dei ponti e strade, e giudicare, se il danno che si allega sia » derivato dall'operazione fatta dall'amministrazione, e quale inden- » nità sia dovuta all'attore, condannando a prestarla chi di drittto. » Evidentemente è questa una delegazione speciale fatta in quel caso al giudice ordinario, dalla quale non si può trarre una regola incontrastabile e generale circa la competenza. Tanto più che un posteriore rescritto del 18 marzo 1835 ha proclamata in via di massima generale la competenza amministrativa in simili casi: e ciò in una causa per turbativa intentata dal Marchese di Sortino contro l'amministrazione, per essersi appoggiata ad un arco di sua pertinenza, che conduceva le acque nei suoi giardini, la fabbrica di una casa destinata alla custodia dell'antico anfiteatro Siracusano.

554. Quel rescritto così si esprimeva: — « La M. S. ha con- » siderato che la casa di cui si tratta è un immobile di proprietà » pubblica, ch'è stata fabbricata nella via pubblica, e ch'è un'ope- » ra di generale interesse. Ha considerato pure, che per la fabbri- » ca di essa non è impedito al Marchese Sortino l'uso degli archi, » che consiste nel dar passaggio alle acque, ma tutto al più soffri- » rebbe una semplice servitù inferita con l'appoggiare i muri del- » la casa agli archi medesimi. Quindi sorge l'esame, se a riguardo » dell'interesse generale debba sussistere questa servitù, e nel caso » affermativo, se debba darsi alcuna indennità, quistioni sulle quali

» i magistrati ordinarî sono incompetenti a decidere. Per siffatte » considerazioni, nell'ordinario consiglio di stato del 16 andante la » M. S. ha dichiarato, che la causa di cui è parola appartiene al » contenzioso amministrativo. »

555. Ora a conciliare l'apparente antinomia che a primo aspetto sembra risultare da questi due rescritti, osservo, che nel primo caso non trattavasi di giudicare se bene o male avea operato l'amministrazione, ma solamente se esisteva il danno che dal suo operato dicevasi esser preceduto ; nel secondo poi , come emerge dai termini stessi e dalla natura dell'azione, s'impugnava la operazione e la potestà dell' amministrazione, negandole il dritto di potere inferire una servitù sul fondo privato. Se dunque bene nel primo poteva essere investito il giudice ordinario, perchè non veniva sottoposto ad esame il potere dell'amministrazione, non era poi lo stesso nel secondo dove appunto questa potestà e la sua estensione entravano in discussione.

556. Su tal proposito una grande opposizione esiste in Francia tra la giurisprudenza del Consiglio di Stato e quella dei tribunali ordinarî. Questi ultimi restringono la competenza amministrativa ai soli danni temporanei, e si attribuiscono la cognizione esclusiva dei danni permanenti , ossia di quelli che acquistano il carattere di una vera servirù. È notevole un arresto della cassazione di Parigi del 30 aprile 1838 (1) , col quale fortemente si sostiene la competenza ordinaria , invocando il principio, che il godimento è una parte essenziale della proprietà, che la modificazione o l' alterazione permanente e perpetua del godimento modifica o altera evidentemente la proprietà, e che quindi tutte le quistioni relative alla proprietà privata son per essenza di attribuzione dell' autorità giudiziaria. Ma a questa giurisprudenza si oppone costantemente quella del Consiglio di Stato, il quale con un sistema più semplice dichiara la competenza amministrativa, sia che trattisi di danni tem-

(1) Jour. du Pal., anno citato.

poranei procedenti dal fatto dell' appaltatore, sia che si tratti di danni permanenti cagionati dalla natura dell' opera. Posso citare sull'oggetto molti arresti, fra i quali quelli del 6 giugno 1830 (*min. dell' inter.*), 23 ottobre 1835 (*Nicol.*), 22 febb. 1837 (*Bruneau*), 23 febbraio 1839 (*Delcambre*), 23 luglio 1840 (*Augustin*), ed altri moltissimi che possonsi riscontrare nel Giornale del Palazzo (1).

557. In quanto a noi, l'art. 11 della legge del 1817 si riserbò di provvedere con legge apposita sulle azioni dei privati pel risarcimento delle loro proprietà *occupate* o *danneggiate* per opere pubbliche: con le quali parole questo articolo comprende tanto il caso della espropriazione, cioè della occupazione, quanto quello del danno derivante dalle servitù che l'opera induce su i fondi privati. In quanto alla occupazione, non ci ha altro procedimento se non quello di cui ho fatto innanzi parola sulla espropriazione per utilità pubblica; in quanto poi al semplice danno permanente o servitù inferita, sino a che non sia pubblicata la legge che promette di determinare la competenza, parmi che possano tenersi presenti i due rescritti ora riportati, e con la distinzione che inchiudono; vale a dire, che sia competente il giudice ordinario quante volte si tratti di assodare l'esistenza del danno permanente o della servitù, e di determinarne il valore, e che per lo rovescio sia competente il giudice amministrativo quando l'azione promossa involga l'esame della convenienza e della legalità dell' operato.

(1) Jurispr. Admin. anni citati.

## CAPO TERZO

### DELLE SERVITÙ MILITARI

§. *CCXXVIII. — Principio di competenza per gli altri beni del demanio pubblico in generale.*

§. *CCXXIX. — Servitù militari e loro necessità. In che consistono.*

§. *CCXXX. — È dovuta forse una indennità per lo stabilimento della servitù militare? Distinzione.*

§. *CCXXXI. — Principio di competenza amministrativa, e sua indole.*

§. *CCXXXII. — Disposizioni speciali del decreto del 30 settembre 1843.*

## §. CCXXVIII.

*Principio di competenza per gli altri beni del Demanio pubblico in generale.*

558. I principi della competenza, secondo ciò che innanzi ho sviluppato, sono del pari applicabili a tutte quelle cose, che non essendo suscettive di un' appropriazione individuale, vanno annoverate tra le pertinenze del Demanio pubblico, perchè hanno la destinazione ad un uso pubblico. Tali sono, ai termini delle leggi civili, le porte, i muri, le fosse, i bastioni delle piazze di guerra e delle fortezze. Ma tali cose però fan parte del demanio pubblico fino a che conservano attivamente il fine pubblico della sicurezza e della difesa comune: allora soltanto sono esse considerate come non suscettive di una proprietà privata; per il che, non essendo nè prescrittibili, nè alienabili, van soggette alle regole generali della competenza sposte di sopra.

559. Ma se tali terreni di fortificazione, tali bastioni abbiano perduta la loro pubblica destinazione, perchè diroccati, o abbandonati, o posti fuori servigio, allora cessando da quel momento di far parte del demanio pubblico, diventano beni patrimoniali dello Stato; e come tali diventano alienabili e prescrittibili (art. 446 ll. cc.). Onde da quel momento istesso vanno essi soggetti alle regole del dritto comune, ed ogni quistione ad essi relativa va diffinita dalla giurisdizione ordinaria.

## §. CCXXIX.

*Servitù militari e loro necessità. In che consistono.*

560. Ma l'esistenza o lo stabilimento di una fortezza per la difesa comune, trae seco indispensabilmente una limitazione ben

grave pel dritto di proprietà privata; limitazione che consiste nella servitù negativa, ossia nella interdizione di poter fabbricare fino alla distanza determinata dalle leggi e dai regolamenti militari. Ed una tale interdizione di costruire a prossimità delle piazze forti, mette capo nel principio della necessità della difesa, perciocchè in caso di guerra bisogna togliere all' inimico l' opportunità di postarsi e trincerarsi dietro fabbricati, d' onde potrebbe molestare i difensori della piazza, ed essere nel tempo stesso al coverto dalla loro azione.

561. Il raggio entro cui i fondi privati vanno soggetti alla servitù militare, è determinato precisamente dagli art. 93 e 272 dell' Ordinanza di piazza del 25 gennaio 1831; ed una tale servitù è una fra quelle che vengono imposte per sola forza della legge, e che son contemplate nella disposizione generica dello art. 572 delle leggi civili. Ecco come dispongono quei due articoli mentovati.

» Art. 93. — La polizia militare del governatore o comandante di una piazza da guerra si estenderà ancora sul raggio di attacco della piazza, o sia sulla zona di terreno esterno compresa tra il piede dello spalto ed i punti dove può in caso di assedio aprirsi la trincea, o possono stabilirsi i depositi di essa, cioè alla distanza di cinquecento tese dalla cresta dello spalto il più avanzato nella campagna. »

» Art. 272. — I comandanti locali dei corpi facoltativi in una piazza da guerra, o in qualunque luogo forte, avranno cura che alla distanza di cinquecento tese dal sopracciglio del parapetto dei cammini coperti più avanzati nella campagna, non si apra strada, fosso o canale, non si trasportino rottami, e non si alzi verun edifizio senza che sia preceduta una nostra autorizzazione; e che tanto nelle parti costitutive della cinta, che a distanza minore di cinque tese dal piede delle scarpe interne dei ripari, non si costruiscano fabbriche di qualunque natura. Nel caso di contravvenzione riferiranno l' occorrente al governatore o comandante della piazza o del luogo forte, onde i lavori suddetti sieno prontamente demoliti

a spese dei particolari che li avranno intrapresi, senza che essi abbiano dritto a compenso alcuno: nel tempo stesso ne avanzeranno rapporto per l'organo dei proprî superiori, onde provocarsi le nostre risoluzioni. »

## §. CCXXX.

### *È dovuta forse una indennità per lo stabilimento della servitù militare? Distinzione.*

562. Ma la costruzione di una fortezza o di una piazza da guerra può dar luogo alla quistione, se i proprietarî delle terre che per effetto di essa van soggetti alla servitù militare, abbiano il dritto di reclamare una indennità. L'affermativa non può esser dubbiosa nel caso in cui lo stabilimento della fortezza producesse di necessità la demolizione di edifizî già esistenti, e che si trovassero per avventura entro il raggio nel quale le terre van per legge sottoposte alla servitù *non aedificandi*; perciocchè in tal caso tratterebbesi di una vera espropriazione per utilità pubblica, la quale non può essere operativa, se non a condizione del risarcimento verso il proprietario spropriato.

563. Ma dovrebb'esser tutt'altra la soluzione quando si trattasse non della demolizione di fabbricati già esistenti, ma della semplice imposizione della servitù. Se questa è in realtà uno smembramento, una diminuzione del dritto di proprietà, non potrebbe seguirne che per tal ragione si possa aver dritto ad un compenso, che assai malagevolmente potrebb'essere determinato. Ed in effetti dee considerarsi che la legge civile, nel definire la proprietà come un dritto di godere e disporre della cosa, vi congiunge la limitazione di non poterne fare un uso vietato dalle leggi e dai regolamenti, e nel conferire al proprietario la facoltà di far sul suolo tutte le piantagioni e costruzioni che stimi a proposito, soggiunge, *salvo le restrizioni stabilite nel titolo delle servitù*. Ora, è pre-

cisamente in questo titolo che troviamo poter la servitù derivare dalla situazione dei luoghi, dalla convenzione, o dalla legge. Dunque il dritto comune, nel garentire e proteggere il dritto di proprietà privata, riconosce però ch' esso può soggiacere a limitazioni pel fatto stesso del legislatore; limitazioni che non possono dar luogo ad indennità, se non in quei casi specialissimi nei quali la legge stessa lo dichiari espressamente. Or nè la legge ne fa parola in tal caso, nè poi un tal diritto potrebbe neppur poggiarsi indirettamente sopra un preteso danno patito dal proprietario; perciocchè si tratta nella specie di una servitù essenzialmente negativa; di una limitazione con cui si vieta un fatto puramente eventuale, contingente e possibile, ma non avvenuto: vi è danno reale quando il proprietario abbia già fabbricato, e debba demolire per effetto della nuova servitù, ma non quando si tratta della sola possibilità di una edificazione futura. La limitazione nell' esercizio di questo dritto meramente possibile non gli cagiona verun danno presente ed effettivo, e d'altra parte sfuggirebbe per la incertezza del suo valore a qualunque regola di valutazione probabile.

## §. CCXXXI.

*Principio di competenza amministrativa; e sua indole.*

364. Veduto dunque il principio di necessità su cui poggia l'esistenza delle servitù legali a favore delle piazze da guerra, fortezze e castelli, è agevole determinare l' altro principio circa la competenza nei giudizî cui tali servitù possono dar luogo. La giurisdizione che può esercitarsi in tal materia ha un fine essenzialmente repressivo, perchè tende a distruggere e punire tutt' i fatti contrarî a tali servitù, cui indispensabilmente debbono soggiacere i fondi compresi entro la zona stabilita. Or tali contravvenzioni non potrebbero qualificarsi come meri giudizî d' interesse privato, ma inchiudono un grave interesso pubblico, ch' è quello di mantenere

sgombro il raggio determinato per la difesa del luogo forte. È chiaro adunque, che per questa loro indole debbono tali giudizi esser diffiniti amministrativamente, e che l'azione pubblica cui possono dar luogo le contravvenzioni debba esser prodotta innanzi al giudice amministrativo.

565. Un decreto del 6 giugno 1832 avea attribuita tale giurisdizione all' autorità giudiziaria. Ma ciò, a dir vero, stava in opposizione coi principi consecrati dalla legge del 21 marzo 1817, secondo la quale, segnata una volta la separazione profonda ed inviolabile tra i giudizi d' interesse pubblico e d' interesse privato, e tra i rispettivi giudici, le contravvenzioni in fatto di simili servitù, al pari di quelle risguardanti le pubbliche vie, non potevano sottrarsi all' unica e propria competenza del giudice amministrativo. Egli è per tali considerazioni che un posteriore decreto del 30 settembre 1843, rivocando l'antecedente disposizione, reintegrò a quest' ultimo la competenza in tali materie.

## §. CCXXXII.

### *Disposizioni speciali del decreto del 30 settembre 1843.*

566. Ecco le speciali prescrizioni di quel decreto, col quale si segnarono ad un tempo le norme risguardanti la parte istruttoria, e quelle circa la competenza.

» Art. 1. — Sarà della competenza del Sindaco del comune rispettivo, come giudice del contenzioso amministrativo, il giudizio di tutte le trasgressioni al divieto imposto dall' ordinanza di piazza, di aprire strade, fossi o canali, trasportar rottami e costruire edifizi di qualunque sorta, senza precedente nostra autorizzazione, lungo il raggio difensivo, che dalle piazze di guerra, forti e castelli, si estenda per cinquecento tese, o trecentosessantotto canne napolitane, salvo l'appello devolutivo innanzi al Consiglio d'intendenza della provincia, nei termini della legge del 25 marzo 1817.

Sarà pure della competenza del Sindaco il giudizio tanto della trasgressione alla servitù militare interna, oggetto dell' art. 3, quanto della rimozione o alterazione dei termini e delle marche, di cui fa motto l' art. 8. »

» Art. 2. I comandanti delle piazze di guerra, dei forti e dei castelli, impediranno che s' intraprenda ogni nuova opera nello spazio di territorio additato dall' articolo precedente. Nel caso che conosceranno essersene intrapresa alcuna, ne impediranno la continuazione con loro ordinanza amministrativa, e formato il processo verbale della trasgressione, lo rimetteranno al sindaco del comune pel procedimento di regola, conforme alla citata legge del 25 marzo 1817.

» Art. 3. — Entro lo spazio del raggio difensivo, cinquecento tese, o canne trecentosessantotto, mentovato nell' art. 1.°, sono tollerati fino a nuova disposizione gli edifizi che attualmente vi si trovano. Ma rimane vietato il farvi la menoma alterazione, essendo solo permesso di mantenerli ed abbellirli. Non pertanto nell'esterno dei medesimi edifizî tollerati, allorchè sieno nel raggio di cento tese, o canne napoletane settantatre e palmi sei, dalle fortificazioni, non potranno neanche farsi i lavori di manutenzione e di abbellimento senza la permissione delle autorità militari, la quale verrà data dopo di essersi chiarito che i lavori suddetti non nuocciono alle fortificazioni. »

» Art. 4. — Tanto lo spazio di cinquecento tese, o canne napolitane trecentosessantotto, formante la linea di servitù militare esterna, di cui è parola nell' art. 1.°, quanto lo spazio di cento tese o canne settantatre e palmi sei, formante la linea di servitù militare interna, oggetto dell' articolo 3, saranno segnati con termini lapidei. Intanto, fino a che questi non saranno diffinitivamente collocati, si apporranno invece senza indugio dei termini provvisorî di legno, i quali avranno lo stesso valore dei termini lapidei. »

» Art. 5. — Nel terminarsi le servitù militari, così l'esterna come l'interna, giusta il precedente articolo, procederanno di accordo le autorità militari e municipali, che ne formeranno appo-

siti processi verbali, enumerando in essi gli edifizî in tolleranza, ed indicandone l'attuale dimensione esterna. Siffatti processi verbali verranno pubblicati, conservandosene gli originali negli archivî del comune e del genio.

» Art. 6. — Perchè possa agevolmente riconoscersi la servitù militare, ciascuno degli edifizî tollerati nello spazio della servitù medesima, secondo il precedente articolo, sarà marcato in sito visibile del muro della facciata principale con la seguente epigrafe, *raggio di cento o di cinquecento tese, cioè canne settantatre e palmi sei, o canne trecentosessantotto, della servitù militare.* Qualora un edifizio non ricade interamente nel perimetro della servitù, il punto in cui la linea di questa finisce, sarà nel modo stesso segnato sul corrispondente muro esteriore. »

» Art. 7. — I comandanti militari e le autorità municipali invigileranno alla esatta conservazione dei termini e delle marche apposte, giusta gli articoli 4 e 6 del presente decreto, e ne rileveranno all'uopo le contravvenzioni. »

» Art. 8. — La trasgressione al divieto di cui trattasi negli articoli 1 e 3 sarà punita con la multa non minore di ducati sei, nè maggiore di ducati sessanta. La rimozione o l'alterazione dei termini o delle marche apposte agli edifizî, giusta gli articoli 4 e 6, sarà punita colla multa non minore di ducati tre, nè maggiore di ducati trenta ».

# TITOLO QUINTO

## DELLA COMPETENZA IN ORDINE AI BENI DI PERTINENZA COMUNALE.

### CAPO PRIMO

#### PRINCIPJ GENERALI INTORNO AI CARATTERI CHE DISTINGUONO LE VARIE SPECIE DI BENI COMUNALI.

§. *CCXXXIII. — Distinzione tra le varie specie di beni immobiliari posseduti dai municipî. I patrimoniali son soggetti alla competenza amministrativa, quando bisogna valutar l'atto dell'amministrazione.*

§. *CCXXXIV. — Che cosa sono i demanî comunali, e qual'è l'intima loro natura. — Principio pel quale van soggetti alla competenza amministrativa.*

§. *CCXXXV. — Caratteri che distinguono i terreni demaniali in genere. Triplice specie di demanî.*

§. *CCXXXVI. — L'esercizio degli usi civici non è il solo carattere atto a far qualificare un fondo come demanio comunale.*

§. *CCXXXVII. — Errore della presunzione sulla demanialità universale del territorio comunale.*

§. *CCXXXVIII. — Assurdo giuridico nel presumere la demanialità pel solo fatto degli usi esercitati sul fondo. Una tal presunzione non può valere a fronte del possesso del privato.*

§. *CCXXXIX. — La pruova della qualità demaniale del fondo non può risultare dalle nude testimonianze.*

§. *CCXL. — Doppia specie di azione in ordine ai demanî comunali: reintegra e scioglimento di promiscuità.*

## §. CCXXXIII.

*Distinzione tra le varie specie di beni immobiliari posseduti dai municipî. I patrimoniali son soggetti alla competenza amministrativa, quando bisogna valutar l'atto dell' amministrazione.*

567. I municipî o comuni possono nella loro esistenza essere considerati sotto un duplice aspetto: da una banda, sono essi le famiglie politiche che compongono la grande personalità complessiva dello Stato; e sotto questo rapporto la loro vita è legata e immedesimata con quella del corpo politico di cui formano parte, e ne seguono quindi il movimento e l' impulso, confondendosi nell' unità di questa grande associazione. Ma d' altro lato, come elementi su cui si ergono, e da cui si compongono gli stati, hanno i municipî una vita, un' autonomia loro propria, che ne rende per taluni rapporti separata ed indipendente l' esistenza. Guardati sotto questo secondo aspetto sono altrettante personalità giuridiche, che ànno un particolar patrimonio, indispensabile per provvedere a tutt' i bisogni ed esigenze di amministrazione locale.

568. Ora un tal patrimonio, se in parte vien formato con quegli stessi mezzi coi quali lo Stato crea per sè i valori finanzieri, quali sono le imposte, è però anche costituito da beni immobiliari, i quali prendono distinta denominazione, ed hanno un uffizio distinto, secondo la diversa loro natura. Una prima specie è di quelli che son conosciuti generalmente sotto il nome di fondi *patrimoniali* propriamente detti; una seconda è di quelli che la legge indica col nome di beni *demaniali*, ovvero *demani comunali*. I primi sono appunto quelli che si concedono in fitto o a censo, e che danno al municipio una rendita, la quale è assegnata pei diversi bisogni pubblici di ciascuna università. I secondi poi son quelli che, per principio generale, son destinati agli usi di ciascun

comunista, e che non producono una rendita determinata a pro del municipio, se non in casi di eccezione, e quando sia ciò autorizzato espressamente dalla legge, come può vedersi negli art. 188 e seg. della legge del 12 decembre 1816.

569. Sì i patrimoniali che i demaniali entrano per taluni aspetti sotto la competenza amministrativa, ma per principî che non sono identici in ambo i casi. I primi, essendo posseduti dal municipio come personalità giuridica, e goduti come privato patrimonio, van soggetti a tutti i rapporti ed alle regole del dritto privato; e però, in via di massima generale, soggiacciono alla competenza ordinaria in tutte le contese che possono riguardarli. Solamente, quando in tali contese sorga il bisogno di valutare o interpetrare gli atti fatti dall' amministrazione in ordine a questi beni, vien declinata, solo in tali casi, la giurisdizione ordinaria, siccome ciò verrà chiarito nel Titolo seguente. È dunque unicamente in ragion degli atti, non già per la loro natura, che i fondi patrimoniali soggiacciono alla competenza del giudice amministrativo.

## §. CCXXXIV.

*Che cosa sono i demanî comunali, e qual' è l' intima loro natura. — Principio pel quale van soggetti alla competenza amministrativa.*

570. Lo stesso dovrebbe avvenire pei beni demaniali del comune. Ed in effetti, non si creda ch' essi sieno di una natura totalmente diversa dai patrimoniali, e che sia questa così eminentemente pubblica da soggettarli alla giurisdizione amministrativa. Il nome di *demanî* con cui vengono indicati dalla legge non può somministrare verun argomento per attribuir loro questo preteso carattere di cose pubbliche. Spesso il legislatore adopera questa denominazione stabilita dall' uso, senza che per ciò venga mutata la natura intrinseca della cosa, come ne abbiamo un esempio nella

denominazione generica di *demanio*, usata dalla legge per indicare sì i fondi patrimoniali dello Stato, che le pertinenze pubbliche; ed intanto niuno potrebbe negare la enorme differenza che intercede tra questi, che costituiscono propriamente il *Demanio Pubblico* sottoposto per regola alla competenza amministrativa, ed il *Demanio dello Stato* che entra in tutt' i rapporti del dritto privato ed è quindi soggetto alla giurisdizione ordinaria. — Ora, il vero Demanio pubblico *comunale* sta nelle vie comunali, negli edificî pubblici comunali, ed in tutto ciò in somma che non è posseduto proprietariamente da alcuno. Per l' opposto, i demani comunali sono a titolo di proprietario posseduti e goduti dalla personalità giuridica del municipio, e con siffatto titolo esso esercita tutti gli atti di amministrazione e tutte le azioni, per conservarne la integrità e la destinazione. E sebbene tali fondi, d'ordinario, trovansi assegnati a taluni usi dei comunisti, specialmente in pro dei bisognosi, tuttavia una tale circostanza, giustificata da ragioni di utilità e di convenienza pubblica, non potrebbe tramutare la natura intima patrimoniale di questi beni; ma dimostrerà solamente, che essi hanno una diversa destinazione da quella de'beni patrimoniali propriamente detti, perchè mentre questi ultimi si danno in fitto o si censiscono per creare una rendita al municipio, gli altri poi si lasciano addetti agli usi civici dei comunisti, sia per dar mezzi di vita ai più poveri, sia per offrir mezzi di sviluppo e d'incremento alle industrie agricole.

571. Ciò è tanto vero, in quanto che la legge non sottrae questi demani comunali alla giurisdizione ordinaria, se non in taluni casi specialissimi, nei quali per un principio di convenienza amministrativa, e per via di delegazione straordinaria chiama a giudice l' Intendente della provincia, siccome può vedersi negli art. 176 e 177 della legge del 12 decembre 1816. Ma ad eccezione di quei casi testuali, sta la giurisdizione ordinaria che giudica di tutte le contese che possono risguardarli. Sul proposito, io mi astengo di entrar nella quistione, se possa quella delegazione ritenersi

come cessata al sopravvenir della legge del 21 marzo 1817, la quale ha creato dei giudici ordinarî di contenzioso amministrativo, senza far motto di quella delegazione antecedente. La giurisprudenza si mostra così costante nel reputar tuttavia esistente quella straordinaria giurisdizione, che tornerebbe ozioso in verità farne parola. Solo dirò, che sarebbe ormai desiderabile di veder ritornare alla propria sede del giudice ordinario quella delegazione, la quale poteva esser necessaria solo in quel periodo di transizione, in cui dovevasi con modi pronti ed oltremodo sommarî porre ad atto il novello principio e sistema legislativo in ordine al libero godimento ed esplicamento della proprietà individuale. — Ad ogni modo, sino a che quella delegazione sussista, e fino a che quella novella legge non creda di farla cessare, fa mestieri esaminare in quali casi, e con quali forme e condizioni possa essere esercitata: del che mi occupo nei seguenti paragrafi di questo Titolo.

## §. CCXXXV.

### *Caratteri che distinguono i terreni demaniali in generale. Triplice specie di demanî.*

572. Io non intendo fare una storia dei demanj comunali, nè di tutte le disposizioni legislative, che al cader della feudalità cercarono reintegrarli ai municipj: ciò mi farebbe uscire dallo scopo di questo lavoro. Ma poichè la giurisdizione eccezionale degl'intendenti va limitata ai soli fondi demaniali, è mestieri determinare con caratteri non equivoci quali essi sieno, per istabilir quindi le condizioni necessarie per provocarla. — La legge stessa è quella che dà la definizione di un *demanio* nell' art. 1.° del decreto del dì 8 giugno 1807, così concepito: « Sotto il nome di demanj, o terreni demaniali, s' intendono compresi tutt' i territori aperti, culti o inculti, qualunque ne sia il proprietario, su i quali abbiano luogo gli usi civici o le promiscuità » — È chiaro adunque, a sen-

so di questa legge, che due estremi deggiono indispensabilmente concorrere perchè un terreno venga qualificato come demaniale, cioè l' esercizio degli usi civici, e lo stato di apertura del fondo stesso. La quale determinazione era di un'alta importanza, specialmente perchè, volendosi dalla legge procedere alla ripartizione di questi fondi tra coloro che vi rappresentavano un diritto, per farli godere da essi in libera proprietà, era a temere che non andassero soggetti a tale ripartizione fondi di esclusivo e legittimo dominio dei privati.

573. Ma a queste due condizioni se ne dee aggiungere una terza, testualmente dichiarata dal decreto del 1 settembre 1806, cioè che il fondo qualificabile come demanio, e perciò divisibile, debba essere o di natura feudale, o di natura ecclesiastica, ovvero di natura comunale. Ond' è che allorquando un terreno non possa essere allogato in una di queste tre classi, non potrebbe esser legalmente ritenuto come demaniale, nè quindi dar luogo a tutte le conseguenze che ne procedono; le sole circostanze della sua apertura e della esistenza di usi civici, non sarebbero bastevoli ad imprimervi questa qualità. Ed in effetti, a chi non è ignaro della varia natura di terreni esistenti presso di noi, e delle consuetudini invalse per necessità locali, giova rammentare, che nei territori di quasi tutt' i comuni del regno ci hanno dei fondi aperti di esclusiva pertinenza privata, su i quali i cittadini per semplice tolleranza dei rispettivi proprietarî esercitano degli usi in tempi in cui non ci ha nè semina, nè frutto pendente. Ora sarebbe assurdo in tali casi dedurre la qualità demaniale dalla esistenza degli usi civici esercitati per tolleranza.

## §. CCXXXVI.

*L' esercizio degli usi civici non è il solo carattere atto a far qualificare un fondo come Demanio comunale.*

574. Dobbiamo dunque ritenere come un principio fecondo di conseguenze, che gli usi civici, considerati isolatamente, non son pruova atta ad imprimere ad un terreno la qualità di Demanio, e quel ch' è più, di Demanio comunale. La pruova di tale esercizio dimostrerà unicamente un fatto; ma questo fatto dimostrato non potrebbe mai di per sè inchiudere la pruova del titolo dominicale su cui si vuol poggiarlo. Potendo gli usi civici esser un prodotto, sia della ragion del dominio, sia del condominio, sia del dritto di servitù, sia anche della nuda tolleranza, sarebbe perciò assurdo ed illegale pretender dimostrato il titolo dominicale, ossia la qualità demaniale, in virtù della nuda dimostrazione della esistenza di tali usi. E ciò appunto è stato dichiarato assai nitidamente dal decreto del dì 8 giugno 1807, art. 3, con cui si dispose « che non saranno sottoposte a siffatta ripartizione le proprietà che le università, gli ex-baroni e particolari tengono difese per certo tempo ad uso di pascolo o di semina, benchè in altri tempi soggette al pascolo comune ».

575. Anzi la Circolare del 29 agosto 1807, volendo sciogliere taluni dubbi sorti sulla intelligenza degli art. 1 e 3 di questo decreto, pone in prominenza il principio ora enunciato, vale a dire, che le circostanze dell' apertura di un fondo e dell'esercizio di usi civici non sieno di per sè sufficienti a dargli qualità e natura di demanio. » Le espressioni, ( ivi è detto ) *qualunque ne sia il proprietario*, hanno allarmato i particolari, che possedendo dei terreni aperti agli usi comuni in tempo che non vi ha nè semina nè frutto pendente, han sospettato che anche siffatti lor territori potessero credersi *demaniali*. Ma se si fosse posata-

mente avvertita la differenza che passa fra una legge ed un decreto che traccia la norma di una esecuzione di quella, non vi sarebbe stato motivo di dubbio alcuno. Infatti la legge del 1 Settembre 1806, col suo art. 1, espressamente e senza equivoci definisce i proprietarî dei demanî, allorchè dichiara, che *i demanî di qualsivoglia natura, feudali o di chiese, comunali o promiscui, sarebbero ripartiti.* Il decreto degli 8 di giugno dovendo unicamente servir di regolamento nell' eseguirsi la legge, nulla ha potuto innovare, sopratutto nella parte principale, quale era appunto la designazione de' demanî da dividersi. Quindi non si credette necessario di ripetere ed individuare di nuovo quali fossero i proprietarî delle terre demaniali soggette a ripartizione, ma riportandosi, com' era convenevole, in tutto e per tutto al 1.° articolo della legge, si disse in generale nel decreto *qualunque ne sia il proprietario*, vale a dire, che i demanî appartenenti agli ex-baroni, o a chiese, i promiscui ed i comunali dovrebbero ripartirsi. » — Dilucidando in seguito i caratteri speciali atti a far ritenere un terreno come demaniale, soggiunge: « Le difese propriamente dette sono i territorî chiusi in tutto l'anno, in cui niuno in niun tempo può esercitar dritto di usi civici. Ma nei fondi aperti, o *che sieno demaniali o no*, i cittadini vi hanno l' esercizio di dritti comuni, quando non vi sia nè semina, nè frutto pendente. Doveano dunque distinguersi le terre da ripartirsi, da quelle non soggette a siffatta divisione. E con l'art. 3 vi si è voluto specialmente provvedere, indicando l' opportuna distinzione, affin di togliere ogni dubbio, che potesse aver luogo per l'anzidetto esercizio di usi civici. Infatti i Baroni, le Chiese, le università, i privati hanno delle proprietà *di loro assoluta pertinenza*, che senza esser di natura demaniale, per la sola ragione di essere aperte sono soggette agli usi civici in tempo che non vi è semina, nè vi pende frutto. Or sì fatte proprietà son quelle appunto, che nelle mani dei baroni chiamavansi burgensatiche, nelle mani degli ecclesiastici e dei comuni si chiamavano patrimoniali, nelle mani dei cittadini appel-

lansi allodiali. Quindi si è voluto dichiarare formalmente, che i fondi burgensatici degli ex-baroni, i patrimoniali delle chiese e delle università, e gli allodiali dei particolari, che per non essere chiusi trovansi soggetti in certo tempo dell'anno agli usi comuni, debbano assolutamente andar esenti dalla ripartizione, *non essendo demani per la sola ragione di essere esposti ai dritti civici*, ma essendo proprietà libera di coloro cui appartengono, e di natura diversa affatto dalle demaniali. »

## §. CCXXXVII.

### *Errore della presunzione sulla demanialità universale del territorio comunale.*

576. Ritenuto adunque il principio che gli usi civici non possano di per sè soli far pruova della qualità demaniale del fondo, e che faccia mestieri attingere la dimostrazione di questo secondo estremo da tutt' altro elemento, riesce manifesto l' assurdità della opinione di coloro i quali reputano esser bastevole a dimostrar l'uno e l'altro la sola prova degli usi. Ed è molto più da maravigliare che taluni cerchino giustificare un tal modo di vedere, invocando l'aiuto di una presunzione anch' essa erronea, perchè inchiude un errore storico ed ideologico. Si dice che il demanio comunale non abbia altra origine se non quello stato primitivo di comunione negativa, antecedente ad ogni proprietà individuale, e che si esercitava su tutta quanta la estensione del territorio, nel quale avea fissata la sua dimora la universalità dell'aggregazione; che la proprietà privata ed individuale non si è formata, se non posteriormente a questo stato di comunione della universalità; e che quindi il diritto di questa universalità alla comunione, o in altri termini la demanialità del territorio, sia antecedente allo stato di proprietà. Dal che si pretenderebbe cavare la conseguenza, che ad imprimere, almeno presuntivamente, la qualità demaniale ad un fondo, e

quindi ad ammettere il reclamo di un municipio che rivendica un fondo come demaniale, non faccia mestieri presentare alcun titolo che la dimostri; perciocchè la semplice pruova di usi civici, goduti anche in tempi remotissimi, ingenera una presunzione legale, che il fondo su cui una volta siensi esercitati, abbia il carattere di demanio. E col presidio di una tal presunzione alcuni inchinerebbero a spogliare gli attuali possessori, rimanendo però salvo il dritto di rivendicare i fondi nei modi petitoriali.

577. Or questo ragionamento, ove fosse accolto, menerebbe ad una compiuta confusione di tutte le idee sullo storico e razionale sviluppo del dritto di proprietà e dei municipi. Osservo, che se è innegabile esservi stata una comunione negativa antecedente alla proprietà individuale, essa però ha dovuto sparire man mano, a misura che più riceveva esplicamento il dritto di appropriazione. La comunione universale e la proprietà privata, rappresentando due stadi successivi, ma diversi dello sviluppo dell' appropriazione individuale, sono due fatti, due idee che mutuamente si escludono, perchè l'una è essenzialmente la negazione dell'altra: la prima dunque ha dovuto gradatamente estinguersi col manifestarsi e crescere della seconda, o per lo manco ha dovuto rimaner limitata a quelle sole parti del territorio sfuggite alla privata appropriazione. Osservo inoltre, che l' esistenza dei municipi o delle università non è che posteriore razionalmente e storicamente a quella della proprietà, perchè la famiglia e la proprietà sono i due elementi, i due cardini su cui si ergono e si costituiscono gli Stati, e non son frutto e creazione di questi. Le università dunque nel momento che si son costituite come personalità giuridiche, trovando già stabilita ed organizzata la proprietà, non han potuto acquistare altro dritto nè altro dominio se non su quelle sole terre rimaste al di fuori di ogni individuale appropriazione. Laonde, questa posteriorità ineluttabile della costituzione della università a fronte della proprietà privata, fa cader dalle fondamenta la presunta demanialità universale del suo terri-

torio, e mostra non soltanto la fallacia e l'errore della presunzione che si pretenderebbe invocare, ma altresì l'assurdo cui menerebbe, perciocchè non sarebbevi allora verun fondo che potesse sfuggire al sospetto di demanialità, e rimaner salvo dagli attacchi.

## §. CCXXXVIII.

*Assurdo giuridico nel presumere la demanialità pel solo fatto degli usi esercitati sul fondo. Una tal presunzione non può valere a fronte del possesso del privato.*

578. Se dunque la presunzione in parola, nel caso di dimostrazione di usi civici esercitati un tempo sopra un fondo, non può servir di sostrato per farne sorgere la sua qualità demaniale, i suoi partegiani si troveran costretti a dire, che debba ritenersi come tale almeno presuntivamente fino alla pruova in contrario, appunto perchè si riconosce che l'università, nel momento in cui si è costituita come persona giuridica, è entrata nel dominio di tutte le terre rimaste fuori l'appropriazione. Ma neppur questo potrebbesi concedere. Ed in effetti, o il fatto degli usi risale ad un'epoca anteriore alla esistenza dell'università, ed allora questo fatto nulla prova, perchè non dimostrerebbe altro se non quello stato di comunione negativa, che non può servir di titolo contro la proprietà da cui è stata appunto distrutta. Ovvero è posteriore; ed allora la presunzione vaga ed incerta di demanialità è controbilanciata e resa nulla da una presunzione opposta derivante dallo stesso fatto, vale a dire, che gli usi abbiano potuto essere esercitati per una concessione del possessore, o per quella tolleranza, che tramutatasi in consuetudine, si è perpetuata alle volte di secolo in secolo sino ai principi del presente, senza che perciò le leggi sulla divisione dei demani l'abbiano riconosciuta come titolo efficace per una ripartizione. Or tra queste due presunzioni che sorgendo simultanee mutuamente si distruggono, che cosa rimane? Null'altro che il fatto

nudo ed isolato degli usi civici che nulla prova di per sè, perchè non può esser prova che di sè stesso, non mai del titolo giuridico che lo ha ingenerato ; titolo la cui dimostrazione debb' essere attinta da tutt'altro genere di prova. Ed ove anche si volesse per un momento concedere in ipotesi, che il fatto degli usi valga a far nascere la presunzione di demanialità, non è chi non vegga, che tra questa presunzione vacillante ed indeterminata derivante da tal fatto remoto e non continuato degli usi, e l' altra presunzione giuridica di proprietà legittima nascente dal fatto presente, vivo e manifesto del possesso individuale, debba quest' ultima inevitabilmente esercitar la sua efficacia e prevaler sulla prima, specialmente poi quando questo possesso attuale sia corroborato dal lungo tempo e dai titoli. Dir l' opposto, significherebbe rovesciare e distruggere i principi più ovvi ed elementari di dritto in ordine alla proprietà, la quale si riassume appunto nel possesso come suo scopo finale e sua forma estrinseca e probante.

## §. CCXXXIX.

*La pruova della qualità demaniale del fondo non può risultare dalle nude testimonianze.*

579. Ritenuta dunque la certezza del principio che la prova degli usi non possa valere a far presumere la qualità demaniale del fondo, parmi potersene cavare una conseguenza importante in ordine al procedimento in tale specie di giudizi ; ed è, che la pruova testimoniale non sarebbe sufficiente a dimostrarla, nè a farla presumere. I testimoni null' altro possono provare se non il fatto, vale a dire l'esistenza e l'esercizio degli usi sul fondo in un tempo più o meno remoto; ma il loro detto non potrebbe in alcun modo far prova del titolo giuridico degli usi stessi, nè quindi surrogare e far le veci della pruova titolare, necessaria ad attribuire la demanialità al fondo stesso. Il carattere giuridico derivante dalla

natura intrinseca , e per dir così , astratta di un terreno non può dimostrarsi con semplici asserzioni , ma dee risultare da documenti che lo provino , almeno nel tempo in cui gli usi esercitavansi.

580. La qual cosa va detta , perchè talvolta con troppo facilità e leggerezza si è accolto questo genere di pruova, e si è ritenuto come bastevole a dimostrare l' uno e l' altro estremo. È stato sufficiente che i testimoni , nell' attestare l' antico esercizio degli usi , abbiano in pari tempo asserita la qualità demaniale del fondo, per farla ritenere presuntivamente ed operar la reintegra del possesso a pro del municipio. Un tal procedimento , assai poco razionale , pericolosissimo sotto tutti gli aspetti , rovescia i principi fondamentali di ogni bene inteso sistema probatorio. Le testimonianze, per loro intima essenza , possono aver forza probante fino a che si tratti di assodare i fatti e la parte estrinseca della pruova, ma non mai per accertare la qualità intrinseca e giuridica del fondo , la quale non può da altro emergere che da titoli e documenti. Con le deposizioni adunque potrà ritenersi come ben provato l'esercizio degli usi , ma rimarrà sempre a dimostrare l' altro estremo della demanialità , il quale non potrebbe risultare dalle nude assertive, che tale il fondo riputavasi.

## §. CCXL.

### *Doppia specie di azione in ordine ai demani comunali : reintegra e scioglimento di promiscuità.*

581. Cennati per sommi capi questi principi generali in ordine ai terreni demaniali, dirò che due specie di azioni son delegate al funzionario amministrativo , ossia all' Intendente , dalla legge del 12 dicembre 1816: l'una è quella di reintegra, l'altra è quella di scioglimento di promiscuità. La prima ha luogo pei terreni demaniali , o che si pretendono tali , ma di esclusivo dominio del comune : la seconda ha luogo su i terreni demaniali promiscui , vale

a dire su quelli ove si verifica una comunione di dritti sia tra vari comuni, sia tra i comuni e le chiese o gli ex-baroni; e ciò tanto se la promiscuità abbia luogo per ragion di condominio, quanto per ragione di servitù.

582. In ambo i casi, sebbene tali azioni, ben considerate, non sieno che mere azioni civili, perchè non di altro si tratta che di rivendicare in libera appartenenza e godimento fondi che costituiscono il patrimonio della persona giuridica del municipio, pur nondimeno la legge ha riputato delegarne straordinariamente la cognizione a qnel funzionario, cui è delegata la tutela dei dritti e del patrimonio di questi corpi morali. Ond'è ch' io tratterò separatamente, e con brevità di principî, delle forme, condizioni ed effetti dello sperimento di ciascuna di esse.

## CAPO SECONDO

### DELLA REINTEGRA AMMINISTRATIVA, E DELLE CONDIZIONI NECESSARIE AD ESERCITARLA.

§. *CCXLI. — Scopo ed obbietto di tale azione.*

§. *CCXLII. — Principio prudenziale che debbe guidare il funzionario nell' ammetterla, quando trattasi di antiche occupazioni.*

§. *CCXLIII. — Vicende di questa azione dal 1816 in poi sino al presente. Rescritto del 19 febbraio 1826.*

§. *CCXLIV. — Sua indole possessoria. Per la sua ammissibilità è necessaria la doppia prova del possesso e della occupazione.*

§. *CCXLV. — La pruova del possesso da parte del Comune dee inchiuder quella del possesso del fondo in qualità di demanio comunale.*

§. *CCXLVI. — L' occupazione può presumersi, ed in qual caso. Non mai quando il possessore abbia titoli. Vi bisogna allora una pruova diretta che la dimostri.*

§. *CCXLVII. — Con quali forme vi si dee procedere? — Principio essenziale della pubblicità.*

§. *CCXLVIII. — Corollarî giuridici che discendono da questo principio.*

§. *CCXLIX. — Quando dal Comune si è agito in petitorio, non si può più agire per reintegra.*

§. *CCL. — Se la reintegra venga intentata dal privato contro il Comune, diventa un' azione civile di competenza ordinaria. Rescritto.*

§. *CCLI. — In pendenza dell'azione di reintegra amministrativa, il giudizio per sequestro conservatorio dei frutti è di competenza ordinaria. Rescritto.*

§. *CCLII. — Lo stesso è a dirsi pei giudizî sulle quote demaniali tra i quotisti, qualunque sia la loro natura. Rescritto.*

## §. CCXLI.

*Scopo ed obbietto di tale azione.*

583. L' azione di reintegra amministrativa, autorizzata testualmente dalla legge del 1816, dee ritenersi come una tra le ultime conseguenze di quel sistema legislativo iniziato nei principî del volgente secolo, con che si ebbe in mira di sciogliere la proprietà da tutt' i vincoli di fatto e di dritto che ne impedivano il libero movimento e la facile trasmissione. Altrove ho avuto occasione di cennare, che in tutto il secolare periodo del reggimento feudale, la proprietà tendeva, per le ragioni dei tempi e per la forza delle istituzioni, a mantenersi salda, compatta e raccolta negli ordini privilegiati, la cui potenza soverchiante distruggeva l'esistenza di qualunque libero e tranquillo possesso. Onde i municipî, la cui vita singolarmente venne in quel periodo del tutto inaridita, ebbero anch'essi a soggiacere a perenni e successive usurpazioni di tutto quanto avrebbe dovuto costituire il loro natural patrimonio.

584. Le leggi transitorie pubblicate negli anni 1806 e seguenti ebbero adunque per obbietto di revindicare i beni tolti ai comuni, e sciogliere ad un tempo le promiscuità di uso e di dominio, assegnando ad essi una parte delle terre promiscue; ed a questa operazione, necessaria per compiere il passaggio dalle istituzioni feudali al novello sistema, furon delegati la Commissione feudale ed i Commissari ripartitori, ai quali successero gl'Intendenti delle provincie con decreto del 27 dccembre 1811, per lo stralcio di tutte le operazioni non compiute ancora da quelli. Ma con questo complesso di operazioni, il legislatore, nel far ritornare ai municipî in libera appartenenza i demani usurpati o promiscui, non deviando dal principio che ne guidava gli atti, ordinava la ripartizione di questi beni tra tutt' i cittadini poveri di ciascun comune, per creare il maggior numero possibile di proprietarî, i quali potessero con pienezza di godimento disporre delle quote loro toccate.

585. E questo medesimo fu lo scopo che dettava le disposizioni della susseguente legge del 1816; perciocchè, a lato della reintegra amministrativa, posta come un' azione straordinaria che potesse colpire quei demani forse sfuggiti alle antecedenti operazioni, trovasi proclamato il principio, fecondissimo di conseguenze, della ripartizione ed assegnazione dei demani in libera proprietà ai cittadini, dagli art. 182 e seguenti. La reintegra amministrativa adunque è un mezzo eccezionale, lasciato tuttavia in vigore dalla legge per compiere le operazioni di stralcio dell' antecedente sistema, operando il compiuto ritorno dei demani comunali alle loro antiche sedi, ed eseguendone poscia la ripartizione tra i comunisti poveri e bisognosi. Ragguardata sotto tale aspetto, merita senza alcun dubbio tutta la sollecitudine e la vigilanza degli amministratori.

## §. CCXLII.

*Principio prudenziale che debbe guidare il funzionario nell' ammetterla, quando trattasi di antiche occupazioni.*

586. Non è a tacere però, che se la reintegra, quando si consideri nei suoi rapporti con le recenti occupazioni, trovasi giustificata dai più stretti principi di giustizia e di convenienza, non potrà poi dirsi lo stesso, a rigor di termini, quando si voglia renderla applicabile a quelle occupazioni che risalgono a tempi remoti. Nel primo caso è dessa un mezzo pronto ed efficace per serbar la incolumità ed integrità del patrimonio comunale. Ma nel secondo, dopo la solenne transazione avvenuta con tutta la serie degli atti ed operazioni fatte dal 1806 in poi; dopo le minute e moltiplici indagini amministrative e giudiziarie, operate in quel periodo di transizione, che purificarono tutte o quasi tutte le antiche usurpazioni; dopo il lungo tempo corso dal 1816 fino al presente, è a dire che una tale azione, se attinge la sua autorità nei termini stessi della legge, che non ne limita lo sperimento sia qualun-

que il tempo della occupazione, oltrepasserebbe nonpertanto i veri motivi ed i veri bisogni che l' hanno ingenerata, ove si estendesse con troppa facilità anche a quelle. Possono, non v' ha dubbio, esservi ancora antiche usurpazioni che non sien soggiacinte alla purificazione di un giudizio; ma il lunghissimo tempo da cui sono accompagnate quelle poche che tuttavia possano rimanere, e che supera di molto il termine delle più lunghe prescrizioni, se non potrà costituire in pro dei possessori una eccezione perentoria per farla rigettare ( dappoichè in fatto di demani comunali è invalso oramai il principio della imprescrittibilità ), dovrà per lo manco aver la forza di una grave ed imponente considerazione nell' animo del giudice, per non ammettere l' azione di reintegra se non con estrema e scrupolosa riserba. Non dimentichiamo che il principio su cui poggia il dritto nascente dalla prescrizione, specialmente della trentenaria, è un motivo di ordine e di sicurezza pubblica. Vi debb'essere un termine oltre il quale ogni indagine sulla origine ed il titolo di una proprietà diverrebbe assurdo e pericoloso, perciocchè il timore perpetuo di siffatte ricerche distruggerebbe ogni sentimento di sicurezza. Appunto perchè un possesso è durato pubblicamente pacifico per un lungo numero di anni, debb' esser presunto legittimo ed autentico; ed una tale presunzione si estende anche a quello che nel suo principio fosse stato accompagnato dalla violenza, dalla usurpazione, dalla mala fede. Un trentennio di possesso, purificando anche i vizi originari, tramuta in un dritto giuridico di proprietà ciò che prima non era tale; e ciò per una specie di finzione mistica consigliata dall' interesse pubblico, come ben si esprime il Troplong, interesse il quale comanda che sia chiusa ogni pruova intesa a distruggere la presunta legittimità nascente dal tempo.

587. Or se questo principio non potrà essere invocato dai possessori per respingere con l' eccezione perentoria di prescrizione l' azione intentata dal comune, dovrà però, lo ripeto, rendere assai perplesso il funzionario nell' accogliere con troppa precipitanza, e senza elementi stringenti di usurpazione, una reintegra, il cui

effetto sarebbe quello di distruggere appunto quei possessi, i quali per la loro longevità secolare comandano il rispetto. Scuotere troppo leggermente interessi stabiliti, posizioni civili godute di generazione in generazione, sembra lo stesso che operare in controsenso dello spirito che informa tutta la legislazione. E d' altra banda, non riman sempre aperta la via ad un giudizio plenario in petitorio? Perchè dunque turbar prematuramente possessi pacifici e longevi, senza aver prima acclarato un dritto inconcusso alla rivendicazione? E turbarli poi, mentre in un giudizio petitorio può essere repressa una tale turbativa per mancanza di una giuridica dimostrazione del dritto?

## §. CCXLIII.

*Vicende di quest' azione dal 1816 in poi fino al presente. Rescritto del 19 febbraio 1826.*

588. L' azione di reintegra non ha sempre avuta la stessa importanza ed efficacia, dal momento in cui la legge del 12 dicembre 1816 proclamava il dritto a poterla intentare. Per molti anni essa rimase come del tutto sconosciuta, sia che fosse stata considerata come una disposizioue puramente transitoria, intesa al riordinamento del patrimonio comunale; sia che si ritenesse come abolita dalla pubblicazione della nuova legge del 21 marzo 1817 sul contenzioso amministrativo, la quale avea richiamato sotto la competenza ordinaria, e per via di regola generale, tutte le azioni tendenti a rivendicare la proprietà. Ma nel 1826 questa azione risorse dall' abbandono in cui giaceva, col rescritto nella causa tra Supino e Guardiareggia; e da quel tempo in poi venne man mano crescendo in forza ed in autorità, sin quasi ad esser malamente ed erroneamente confusa con l' azione petitoria.

589. In quella controversia, il comune di Guardiareggia, assumendo una usurpazione di 500 moggia del suo demanio, ne chiedeva la reintegra all' Intendente di Molise, ai termini degli art.

176 e 177 della legge del 1816. Il principe di Supino, convenuto, adiva invece il tribunal civile, il quale dichiarava la sua competenza sull'appoggio dell' art. 5.°, leg. del 21 marzo 1817. L'intendente allora elevava conflitto, sostenendo, che per effetto dell' art. 177 l. 12 decembre 1816, esso procede per delegazione; che indipendentemente da ciò, esiste la espressa volontà del legislatore, che tanto ha confermato col decreto del 1 settembre 1819, col quale, facendosi rientrare nelle facoltà degl' Intendenti le controversie relative alle operazioni demaniali, chiaramente è detto nell' art. 2 che essi vi procederanno con l'avviso del consiglio d'intendenza ai termini dell' art. 177 della legge del 1816; che in conseguenza vien confermato il principio non essere stata questa ultima legge derogata dall' altra del 1817, e poter l'Intendente agire nella reintegra in virtù della delegazione, e con procedura diversa da quella del contenzioso amministrativo.

590. Ora, ecco in qual modo venne risoluto questo conflitto con la seguente risoluzione sovrana, la quale determina e circoscrive i confini legali entro cui la reintegra è sperimentabile.— » S. M. ha osservato, che comunque per l' art. 5 della legge » del 21 marzo 1817 non appartenga all' autorità amministrativa » giudicare delle azioni rivindicatorie d' immobili, le appartiene » però per gli art. 176 e 177 della legge del 12 decembre 1816 » il conoscere di tutte le occupazioni e delle alienazioni dei de- » mani comunali, e provvedere nei modi dalla legge stabiliti.— » S. M. ha altresì considerato, che questa attribuzione dell'auto- » rità amministrativa deve risguardarsi limitata *al solo esame e* » *verifica del fatto della occupazione*, ed a reintegrare il comune » nel possesso del fondo occupato, qualora vi sia luogo; salvo il » giudizio plenario di petitorio, e di rivendicazione di proprietà » innanzi all' autorità giudiziaria per ciò esclusivamente competen- » te. Per tali considerazioni, uniformemente all' avviso della Con- » sulta dei reali domini al di qua del Faro, nel consiglio ordina- » rio di Stato del 19 del cadente mese di febbraio 1826, S. M.

» ha risoluto che nella causa anzidetta sia competente a procedere
» l' autorità amministrativa, salvo lo adire l'autorità giudiziaria, ove
» dopo la reintegra, se vi sarà luogo, voglia sperimentarsi un giu-
» dizio plenario di rivendicazione di proprietà.

## §. CCXLIV.

*Sua indole possessoria. Per la sua ammissibilità è necessaria la doppia prova del possesso e della occupazione.*

591. Questo rescritto adunque fece una dichiarazione feconda di gravi conseguenze, perciocchè, nel riconfermare il principio già stabilito dalla legge circa l' ammissibilità di quest' azione, a qualunque tempo, anche lontanissimo, risalga la usurpazione, ne determinò ciò non ostante l' indole esclusivamente possessoriale, con quelle parole con cui disponeva esser limitato quel potere delegato *al solo esame e verifica del fatto della usurpazione*, ed a reintegrare il comune, qualora un tal fatto sia legalmente assodato. Se dunque la reintegra è un' azione tutta possessoria, debbe perciò esser subordinata a tutte le condizioni che la legge richiede per l'ammissibilità di queste specie di azioni in generale. La sola differenza che la fa distinguere da ogni altra azione possessoria civile, è che mentre per questa il possessore turbato non può essere ammesso ad istituirla se non tra l' anno dalla turbativa, per l'amministrativa poi non ci ha limite alcuno di tempo che ne possa impedire lo sperimento. Ma tolta questa differenza, ch' è certamente di grave momento, in null' altro la reintegra amministrativa riman dissimile da qualunque altra azione possessoria. Sarà essa un giudizio di puro fatto, che dee versare e contenersi nei confini di questa specie di dimostrazione, e che perciò non potrà uscire dai principj e dalle condizioni annesse a tal natura di giudizi, per divenire efficace ed operativa.

592. Questa considerazione è importante: senza di essa la

reintegra può divenire un'azione assurda nella sua base, pericolosa nei suoi effetti, perchè non ci ha legge, non canone elementare di dritto, non garentia giuridica della proprietà privata, che non potrebbe venire annullata e distrutta dalla sua potenza soverchiante ed illimitata. Dirò dunque che se essa si rende superiore a qualunque eccezione di tempo anche lunghissimo, nella sua indole però di azione possessoriale va soggetta indispensabilmente alla prova di un doppio estremo, vale a dire, a quella del *possesso* di chi reclama, esercitato in un tempo qualunque; ed all'altra simultanea della *occupazione* illegittima operata posteriormente al possesso che si dimostra. Si tolga il presidio di una di queste due pruove di fatto, ed allora la reintegra potrebbe divenire un attentato contro il dritto di proprietà.

## §. CCXLV.

*La pruova del possesso da parte del Comune dee inchiuder quella del possesso del fondo in qualità di demanio comunale.*

593. Or se il fatto del possesso è una dimostrazione fondamentale, senza cui mancherebbe la base per lo sperimento di una azione di reintegra da parte del Comune, è necessario però determinare quali elementi debba una tale pruova contenere. È evidente che non basti assumere e dimostrare un possesso qualunque sfornito di un carattere certo e non equivoco, ma provarlo esercitato sul fondo in qualità di demanio, perciocchè senza questo elemento certo non può esservi luogo all' azione straordinaria di reintegra amministrativa. La stessa legge del 1816, nel suo art. 176, presuppone come assodato questo estremo, quando dichiara abusiva ogni occupazione *del demanio comunale*. Dunque è questo un punto di partenza da cui non si può deviare, quando, in opposizione del possesso attuale del privato, e della presunzione ingenerata da questo possesso medesimo, si voglia agire in reinte-

gra. Senza la dimostrazione della demanialità che accompagnava il possesso del reclamante, l' azione non potrebb' essere legalmente ammissibile. Non dirò già che la demanialità debba essere dimostrata con quel rigore di forme e di pruove, quale si richiederebbe in un giudizio petitorio; ma non sarà men vero, che trattandosi di un' azione possessoria, ossia di un giudizio di fatto, si dovrà provare, almeno nei termini di un fatto, il possesso goduto in qualità demaniale.

594. E qui occorre ripetere quel che ho cennato nel Capo precedente, vale a dire, che la nuda dimostrazione degli usi civici esercitati sul fondo, non vale da sè sola ad imprimervi la qualità demaniale. Se tali usi costituiscono uno dei caratteri essenziali, senza cui non ci ha demanio possibile, non sono però il solo da cui possa desumersi. Gli usi, anche dimostrati, non fan pruova che di sè medesimi, ma non del dritto che ne autorizzava l' esercizio. Or potendo questo titolo esser diverso, ed esser giuridico o non giuridico, secondo che si godevano o per dominio esclusivo, o per condominio, o per servitù, o anche per tolleranza, è chiarissimo che il reclamante, nel provare il godimento degli usi, non ha ancor nulla provato, che possa rendere operativa la sua azione di reintegra. Il vago e debole indizio risultante da quel godimento circa la pretesa demanialità, ha d' uopo adunque di esser corroborato da qualche altro elemento di pruova, che imprima al fatto possessivo la qualità demaniale. Senza di ciò, la pruova, rimanendo monca, sarebbe inefficace a produrre l' enorme conseguenza di spogliare l' attuale possessore.

## §. CCXLVI.

*L' occupazione può presumersi ed in qual caso: non mai quando il possessore abbia titoli. Vi bisogna allora una pruova che la dimostri.*

595. Documentato una volta il possesso con le condizioni ora dette, rimane l' altro estremo della illegittima occupazione consumata dal privato a danno del reclamante: nè questa pruova è di minore importanza o necessità della prima. Ed in effetti, il demanio comunale non è una di quelle cose così essenzialmente e perpetuamente pubbliche, che non possa perder mai la sua primitiva destinazione: all' opposto, tuttogiorno vediamo continue trasmissioni, permute, e ripartizioni di tali beni che passano nella libera appartenenza e disponibilità dei privati, e che fanno loro perdere quel primitivo carattere. Se dunque un mutamento di destinazione è possibile, e può operarsi con modi legittimi, dirò che la legittimità di trasmissione nelle mani private è tanto più a presumersi, per quanto più remoto è il possesso che affaccia il comune, perciocchè il lungo silenzio serbato da sua parte offre un indizio stringentissimo che giuridicamente siesi tramutata la destinazione del demanio; almeno sino a che non si faccia la pruova contraria, vale a dire, sino a che non si assodi il fatto della indebita occupazione. Dunque, in tesi generale, l' occupazione che si pretende avvenuta, diventa una prova necessaria a distruggere la presunzione di legittimo trasferimento, non bastando la nuda dimostrazione del possesso avuto in un tempo qualunque a rendere operativa l' azione di reintegra.

596. Ma per uscire da queste idee generali, e fermare un principio esatto e giuridico sul proposito, parmi che si debbano fare delle distinzioni. Prima di tutto debbesi distinguere il caso in cui il privato manchi di titoli giustificanti il suo possesso, da

quello nel quale sia provveduto di siffatti titoli. Nel primo caso, allorchè il Comune reclamante abbia provato il fatto del suo possesso antecedente in qualità demaniale, non diventa necessaria la prova del secondo fatto, cioè della successiva occupazione; perciocchè la dimostrazione positiva da parte dell' attore, e la niuna esibizione di titoli da parte del convenuto, possono far ritenere come assodata presuntivamente la usurpazione, ed operare la reintegra: salva però sempre rimanendo la discussione plenaria del diritto rispettivo dei contendenti nel giudizio petitorio.

597. Non è poi lo stesso quando il convenuto esibisca titoli ai quali mette capo il suo possesso; nel quale caso la reintegra sarà o pur no operativa, secondo che il reclamante faccia o pur no la dimostrazione diretta della occupazione consumata a suo danno. Ove si provi questo fatto, sembra che i titoli su i quali si poggia il convenuto per essere manutenuto nel possesso, non possano essere efficaci a far rigettare l' azione; perciocchè la forza giuridica di tutt' i successivi titoli di trasmissione, dei quali voglia farsi scudo il possessore attuale, viene distrutta dal vizio originario antecedente, ch' emerge dalla prova della indebita occupazione. A ciò veramente può obbiettarsi, che il rigettare la presunzione di legittimità di possesso nascente dai titoli esibiti dal convenuto, significhi oltrepassare i confini del possessorio e trascendere ad un giudizio petitoriale, con manifesta violazione del principio che li vuole distinti; ma non parmi che una tale obbiezione sia di grave momento. In effetti, non ci ha dubbio che in possessorio i titoli si guardano, ma non si giudicano, e che la loro esibizione in questa sede non abbia altro obbietto, se non quello di stabilire una semplice presunzione di legittimo possesso, atta a far godere del privilegio di provvisoria manutenzione. Ma allorquando il giudice, dietro la duplice prova del possesso del Comune e del fatto della occupazione, ordina la reintegra non ostante la presentazione dei titoli da parte del privato, non ne esamina affatto, nè ne giudica il valore e l' efficacia intrinseca, ma solamente ri-

getta quella presunzione che pretendevasi far nascere con la loro presentazione, presunzione che viene appunto annientata dalla pruova dell' antecedente usurpazione. Rimane quindi salvo, nè pregiudicato questo giudizio sul valore dei titoli nella sede dell' azione petitoria, senza potersi fare il rimprovero di averne già fatta una indebita valutazione nella sede possessoriale.

598. Ma ove poi il Comune, provato unicamente il suo possesso, manchi di elementi per far la pruova dimostrativa e diretta della occupazione, tutt' altra dovrà essere la soluzione. In tal caso si troveranno in lotta due possessi, quello remoto del Comune, e l' altro attuale del privato; ma poichè la prova dell' attore non inchiude veruna dimostrazione di un modo illegittimo qualunque con che il suo possesso ha avuto termine, dovrà allora operare in tutta la sua efficacia giuridica la presunzione di legittimità nascente dai titoli esibiti dal convenuto; vale a dire, che dovrà costui godere indubitabilmente del privilegio della provvisoria manutenzione, sino a che l' attore, in un giudizio petitorio, non giustifichi la prevalenza del suo dritto sul fondo in contesa. Non dimentichiamo che nella sede del possessorio non d'altro si disputa, se non del semplice dritto a possedere. Ora, il possesso esercitato un tempo dal Comune non può conferirgli questo dritto di preferenza, se non quando dimostri di esserne stato spogliato violentemente o illegittimamente: se tal pruova non si faccia, come mai potrebbe il suo possesso remoto vincere il possesso attuale del privato, il quale, in forza dei titoli da lui esibiti *ad colorandam possessionem*, rimane come presuntivamente legittimo, sino ad una non dubbia pruova in contrario? Dir l'opposto significherebbe ferire ed annullare ogni legge, ogni principio giuridico; attribuire alla reintegra una potenza così illimitata ed esorbitante, significherebbe tramutarla in un' azione assurda, pericolosa, e distruttiva di tutte le guarentigie della privata proprietà, e della prima fra tutte, qual' è il rispetto inviolabile verso i possessi presuntivamente legittimi.

## §. CCXLVII.

*Con quali forme vi si dee procedere ? Principio essenziale della pubblicità.*

599. Vedute dunque le condizioni indispensabili per rendere ammissibile ed operativa la reintegra, rimane a determinare con quali forme vi si debba procedere. Ma qui nulla di certo e di positivo troviamo nella legge, perciocchè quella del 1816 dispone unicamente che l' Intendente vi debba procedere in consiglio d' intendenza ; ed il Rescritto del 19 febbraio 1826, di sopra riportato, dichiara senza più, che debba esercitarla esaminando e verificando prima il fatto della occupazione, senza che nè la prima nè il secondo parlino di termini o di altre forme giuridiche. Ma se la legge è silenziosa, non per questo una tale azione potrebbe sottrarsi a quelle forme fondamentali comuni a tutti i giudizi : per contrario, quanto più il silenzio della legge può aprire il campo ad un procedimento arbitrario, tanto maggiormente diviene imperioso il bisogno di soggettarne lo sperimento a quei principî essenziali, che informano ogni maniera di giudiziaria procedura. Tale si è il canone indeclinabile della pubblicità che debbe accompagnare ogni atto di essa, a cominciare dal libello proposto dal reclamante, e continuando via via per tutte le susseguenti operazioni delle due parti di cui essa, a simiglianza di ogni altro procedimento, si compone, vale a dire la parte istruttoria, e la decisione. La reintegra non è già una operazione d' indole puramente amministrativa, ma è un vero giudizio, e dei più importanti e straordinarî, perchè tende a scrollare con forme sommarie e con una potenza esorbitante i possessi privati : non si può dunque limitarne altrimenti e regolarne la strabocchevole efficacia, se non con quelle condizioni intrinseche di cui ho fatto cenno, e con la più grande pubblicità di tutte le forme di questa azione.

## §. CCXLVIII.

*Corollarî giuridici che discendono da questo principio.*

600. Dal principio adunque che la reintegra è un giudizio, sottoposto alla forma sostanziale della pubblicità, discendono taluni corollarî, ch' è bene determinare, perchè costituiscono i canoni regolatori di questo procedimento. E tali canoni sono;

1.° Che questo giudizio si compone di tre parti essenziali, come ogni altro; cioè, il libello introduttivo, l'istruzione, e la decisione.

2.° Che il procedimento non comincia legalmente, se non dal punto in cui s' intima il libello al convenuto; e che da quel momento può l'Intendente, sia di officio, sia ad istanza dell' attore ordinare tutt' i mezzi d' istruzione tendenti a giustificare l' azione, mercè la doppia prova del fatto del possesso e della occupazione, salvo però sempre rimanendo il dritto di controprova per parte del convenuto.

3.° Che niuno di questi atti d' istruzione e di prova possa essere espletato senza l' intervento di costui, o senza che sia stato debitamente citato; perciocchè niuno può essere spogliato del possesso della sua proprietà, senza conoscere su quali elementi si voglia operare lo spoglio, per contrapporvi i mezzi di legittima difesa. Ove manchi l'intervento di lui, o non sia stato debitamente chiamato, il procedimento sarebbe viziato di nullità.

4.° Che non si possano opporre al convenuto come prova le operazioni e le verifiche amministrative, fatte antecedentemente al libello introduttivo, perchè queste non sono che mezzi d' istruzione per gli amministratori, ad oggetto di assodare la convenienza o inconvenienza dell' azione da istituirsi; ma non potrebbero star mai come documento o dimostrazione contro il privato, essendo fatte prima della contestazione della lite.

5.° Che sebbene la legge non fissi alcun termine entro cui la istruzione debba compiersi, non pertanto, esauriti una volta i mezzi possibili di prova, cioè l' orale e la scritturale, possa ciascuna delle parti provocare nel suo interesse la decisione del magistrato.

6.° Che un tal diritto sia identico tanto nell' attore, quanto nel convenuto; che in conseguenza, ove i mezzi d' istruzione e le prove non abbiano raccolti tali elementi da rendere ammissibile l'azione, l' Intendente, sulla istanza del convenuto, non può ricusarsi di pronunziar su di essa, e differire indebitamente una tale pronunziazione, senza cader nel rimprovero di denegata giustizia. Il convenuto ha interesse e dritto a non far rimanere più oltre sospesa ed incerta la sua proprietà ed il dritto conseguente del possesso: può quindi pretendere, nè il giudice può negare, una decisione che accolga o rigetti l' azione.

7.° Che l' ordinanza diffinitiva dell' Intendente costituisce un giudicato in linea possessoriale, contro cui non vi ha altro rimedio possibile, se non l' appello devolutivo innanzi al giudice superiore, ovvero l' istituzione di un giudizio plenario in petitorio davanti a chi compete. In conseguenza, ove la reintegra del Comune reclamante sia stata rigettata, non può esso una seconda volta istituire l' identica azione, senza incontrare l' ostacolo insuperabile del giudicato.

## §. CCXLIX.

*Quando dal Comune si è agito in petitorio, non si può più agire per reintegra.*

601. Dal principio poi che la reintegra è un' azione interamente possessoriale, discende quella conseguenza comune a tutte le azioni possessorie in genere, vale a dire, che non potendosi mai cumulare il possessorio ed il petitorio, chi si fa attore in petitorio non può più aver facoltà di agire in possessorio. Se dunque un comune abbia scelta la via della revindica, perchè abbia creduto

mancargli gli elementi e le pruove di fatto necessarie per la reintegra, non potrebbe più, attesa la impossibilità giuridica della cumulazione di questi due giudizi, abbandonare il primo ed intentare il secondo. Nè si dica che la reintegra amministrativa sia in sostanza un'azione possessoriale di diversa indole da quelle di cui parlano le leggi della procedura civile. Se essa se ne distingue, egli è solamente sotto l' unico rapporto del tempo, siccome ho notato; perciocchè non vi ha limitazione alcuna nel tempo del suo sperimento, nè è subordinata alla condizione del termine annale. Ma da questa differenza in fuori, la sua indole possessoriale è la stessa, e le stesse sono le sue relazioni e le sue incompatibilità col petitorio; in guisa che non potrebbe sottrarsi all' impero dei principî elementari ed universali del dritto, e che deggiono in conseguenza ritenersi come presupposti nelle leggi sia civili, sia amministrative.

## §. CCL.

### *Se la reintegra venga intentata dal privato contro il Comune, diventa un' azione civile di competenza ordinaria. Rescritto.*

602. Sino ad ora ho esaminata la reintegra come azione amministrativa, e ne ho determinato l' indole, le condizioni e le forme. Ma quando essa perde il suo carattere amministrativo, e si tramuta in un' azione tutta civile ed ordinaria, allora rientra interamente sotto l' impero del dritto comune, non solo pei principî che deggiono regolarne l' esercizio, ma ancora sotto il rapporto della competenza; e cessa quindi in quel caso la speciale delegazione fatta dalla legge. Questo mutamento di carattere e di competenza avviene allorquando, non già il Comune è quello che istituisce l'azione contro il privato possessore, ma è invece costui il quale si rende attore contro il Comune, che in linea puramente amministrativa abbia occupato il fondo privato, qualificandolo come demanio comunale. Si noti bene la grave differenza che intercede tra queste due posizio-

ni, e si comprenderà assai agevolmente, che in questo secondo caso l' azione non potrebbe sottrarsi al giudice ordinario.

603. Questa soluzione trova anche l' appoggio di un Sovrano Rescritto del 12 marzo 1848, le cui considerazioni son tali, che colpiscono con precisione la diversa natura di queste due azioni. Eccone la specie: — « Nel Comune di Pisticci esistevano due proprietà limitrofe, una coltivabile del Marchese Ferrante, e l' altra boscosa del Comune. — Nel 1845 veniva denunziato al Sindaco del detto Comune, che da parte dell' agente del Marchese Ferrante, erasi svelto uno dei termini di divisione usurpandosi una parte del terreno appartenente al Comune. Il Sindaco, con la sola autorizzazione dell' Intendente, piantò un nuovo termine nel sito ove dicevasi essersi amosso l' antico. Da ciò l' istituzione di un giudizio di reintegra contro il Comune da parte del Marchese Ferrante presso il R. Giudice. Questo magistrato ordinò il preventivo sperimento di conciliazione; ma il Consiglio d' Intendenza, adito per ciò, ritenne per sè la competenza della causa. Allora dal Ferrante fu adito il tribunale civile, il quale ritenne la incompetenza del potere giudiziario. La G. C. civile però dichiarò la competenza propria nella specie. — Ciò diede luogo all' elevazione del conflitto da parte dell' Intendente. Egli opinò che il termine lapideo venne surrogato all' altro, fatto togliere di notte da Ferrante; che, per effetto delle vigenti leggi, il ripristinare le usurpazioni avvenute sopra demanî comunali appartiene agl' Intendenti, a qualunque epoca la usurpazione fosse avvenuta; che le cennate due difese del Comune sono soggette ad usi civici, e quindi demaniali. Interrogata su di ciò la Consulta al di quà, ha considerato « che la competen» za di ciascun giudizio vien determinata dalla qualità dell' azione, » e che quindi vedendo il Marchese Ferrante impiantare un termi» ne novello in tenuta di sua proprietà, proponeva l' azione civile » possessoriale innanzi al R. Giudice. In conseguenza la base del » promosso giudizio fu l' azione civile di ripristinazione, motivata » dal turbamento di possesso per opera e fatto dell amministrazio-

» ne comunale ; che se l' Intendente mette invece la posizione di » essere stato svelto un antico termine per opera di Ferrante, è da » credersi che l' attentato non venne a lui denunziato con l'azione » di reintegra , giacchè non per effetto di ordinanza pronunziata a » norma di legge , ma per semplice governativa disposizione fu mes- » so il novello termine ; che se vi fosse stato nel sito cennato un » antico termine indicante la proprietà del Comune , e poi svelto » per fatto del Marchese , la voluta usurpazione non avrebbe potu- » to rimontare all' antichità dei tempi feudali , come si è asserito, » ma sarebbe incominciata da quel giorno in cui venne svelto. Quin- » di , nella ipotesi della usurpazione , sembra che questa rimontar » dovesse ai tempi remoti , mentre non può negarsi che la impian- » tazione del novello termine sia stato un ultimo e fresco attenta- » to alla proprietà del sig. Ferrante, ai cui reclami non poteasi da- » re ascolto che solo dall' autorità del potere ordinario; che sia ve- » ro , che per occupazione ed illegittima alienazione del demanio » comunale l' esame delle controversie è delegato agl' Intendenti , » giusta l' art. 177 l. amm. ; ma questa facoltà vien sempre ri- » stretta tra i limiti del possessorio, giusta la spiegazione data coi » rescritti del 11 gennaio, 9 agosto e 13 settembre 1829 , dappoi- » chè se s' istituisse un giudizio petitoriale , si tratterebbe allora » di rivendicazione immobiliare, ricadendo l'esame nella competenza » del potere ordinario giudiziario, giusta i rescritti del 25 genna- » jo e 7 giugno 1826. — Per questi motivi la Consulta è stata » di unanime avviso, che la competenza nella specie sia del potere » giudiziario. E S. M. con determinazione del 22 marzo di questo » anno (1848) si è degnata approvare l'enunciato parere della con- » sulta. Nel R. N. 5 aprile 1848 dal Ministero di Grazia e Giu- » stizia all' Interno. »

## §. CCLI.

*In pendenza dell' azione di reintegra amministrativa, il giudizio per sequestro conservatorio dei frutti è di competenza ordinaria. Rescritto.*

604. Se dunque la delegazione straordinaria fatta dalla legge all' Intendente , è limitata alla sola cognizione della reintegra puramente amministrativa, e ciò nei stretti termini di un'azione possessoria; è evidente perciò, che escono dalla sfera della sua competenza tutti gli altri giudizi i quali , sebbene riguardino i demani comunali , purtuttavolta non versano sulla pura ripristinazione in possesso , ma abbian per obbietto o la loro rivindicazione, o qualche altra azione diversa ed anche accessoria dello stesso giudizio di reintegra.

605. Un tal principio trova la conferma in varî Sovrani Rescritti, fra i quali è notevole quello del 23 agosto 1820 tra il Comune di Castelvetere ed il Barone Beaumont per la competenza circa un giudizio per sequestro conservatorio, nato ad occasione di un' azione di reintegra. Eccone la specie : — Dopo la divisione dei demani fatta in esecuzione di ordinanza del Commissario ripartitore tra il Comune di Castelvetere ed il Barone , si pretese dal primo essere state occupate a suo danno dal secondo tomola 17 di terreno, e se ne domandò la reintegra. Avendo invece l' intendente approvata la ripartizione , il Comune ne produsse reclamo. In pendenza del giudizio Beaumont domandò ed ottenne dal R. Giudice un sequestro per misura conservatoria su i frutti del terreno in quistione. Allora l' intendente provocava il conflitto , dietro la dichiarazione di competenza fatta dal tribunal civile. Le ragioni su cui poggiavasi quel funzionario erano, che pendente il reclamo innanzi alla G. C. dei Conti sull' appartenenza del fondo, il solo potere amministrativo fosse competente a conoscere di qualunque con-

troversia dipendente dalla quistione principale ; che mentre si disputava se l' ex-barone fosse legittimo possessore del fondo in contesa , era assurdo che un altro potere decidesse della proprietà dei frutti senza conoscere della legittimità del possesso ; che l' articolo 26 della legge organica giudiziaria dà la competenza al regio giudice nei sequestri per misura conservatoria, quando esista la qualità di creditore in colui che domanda il sequestro, qualità che nel caso era dubbia , perchè ne pendeva giudizio ; che per l' art. 176 della legge del 12 decembre 1816 sono attribuite al potere amministrativo, non solo le controversie che sorgono nella divisione dei demani , ma quelle ancora che ne dipendono.

606. Ma il Supremo Consiglio di cancelleria considerava: « Che » l' ex-feudatario era in possesso del territorio, giacchè il Comune » pretende di averlo il medesimo usurpato ; — Che in tal possesso, » da chi tenea le veci di commissario ripartitore , fu conservato , » interpetrando l' ordinanza equivoca del suo antecessore ; — Che » contro le ordinanze dei commissarî ripartitori non dassi verun » gravame sospensivo, per l'art. 5 del decreto del 23 ottobre 1809;— » Considerando altronde, che il potere giudiziario è il giudice com- » petente dei sequestri dei frutti su i fittaiuoli per sicurezza dei » frutti , ed i comuni anche nei proprî fondi, volendoli eseguire , » al potere giudiziario debbono dirigersi , secondo gli art. 902 a » 904 delle leggi di procedura civile , e per lo art. 26 della leg. » org. del 29 maggio 1817 ; — Considerando che la quistione di » proprietà, pendente nella G. C. dei Conti, non è pregiudicata : — » È di avviso , che nella causa del sequestro tra il Comune di » Castelvetere ed il Barone Beaumont, il potere giudiziario sia com- » petente. — Approvato con R. Rescritto del 23 agosto 1820.

## §. CCLII.

*Lo stesso è a dirsi dei giudizî sulle quote demaniali tra i quotisti, qualunque sia la loro natura. Rescritto.*

607. E come una conseguenza dello stesso principio dobbiam ritenere, che tutte le quistioni che sorgono tra i quotisti di beni demaniali dopo fatta amministrativamente la ripartizione tra essi, non escono dalla sfera della competenza ordinaria; perciocchè, se la legge del 1816 attribuisce all' intendente con l' art. 186 la facoltà di giudicare di tutte le quistioni dipendenti dalla divisione dei demanî, ciò va limitato al solo periodo in cui tale ripartizione si esegue. Ma quando, in virtù della compiuta divisione, ciascun condividente ha ricevuta la quota toccatagli, questa allora, perdendo la sua primitiva natura di demanio, entra nel patrimonio privato del possessore, ed acquista il carattere di privata proprietà: onde tutte le controversie di qualunque specie, sieno possessorie, sieno petitorie tra i rispettivi possessori, sono giudicabili dal magistrato ordinario.

608. Così dichiarava un rescritto degli 11 agosto 1819 tra Rossi e Fidelia, a causa di una usurpazione commessa dal primo a danno del secondo, sulla quota delle terre demaniali spettatagli nella divisione. Fidelia produceva reclamo al Sottintendente, il quale ne delegò l' esame al Sindaco; e quindi, verificata l' usurpazione, condannò Rossi con sua ordinanza a rilasciare il terreno usurpato coi frutti. Rossi allora produceva istanza innanzi al tribunal civile, attaccando di nullità l' ordinanza: Fidelia oppose la incompetenza. Elevato in seguito un conflitto, il Supremo Consiglio di Cancelleria osservò. « Che la causa non riguarda la divisione dei beni dema-
» niali o altra contesa che riguardar potesse la esecuzione della di-
» visione medesima, poichè la divisione fu eseguita senza contradi-
» zione, e ciascuno dei contendenti entrò nel possesso della sua

» quota di cui ha goduto: si tratta benvero della rivindica di quel-
» la quota, che Rossi di autorità propria avea occupata a danno
» di Fidelia; ed in conseguenza, di un' azione tutta diversa dalla
» divisione dei beni demaniali già eseguita pacificamente; la quale
» azione senza dubbio si appartiene al tribunale civile, a norma
» del disposto nell' art. 5, n.° 1° e 3° della legge del 21 marzo
» 1817. Per tali ragioni le Camere son di avviso, che nella causa
» sopra espressa tra Francesco Fidelia e Francesco Rossi, il potere
» giudiziario sia competente. — Approvato con R. Rescritto degli
» 11 agosto 1819. »

## CAPO TERZO

### DELLO SCIOGLIMENTO DI PROMISCUITÀ E SUA CORRISPONDENTE AZIONE.

§. *CCLIII. — Differenza tra la reintegra e lo scioglimento di promiscuità. Gli usi a titolo di condominio o di servitù son la base di questa seconda azione.*

§. *CCLIV. — In che consistono tali usi : loro triplice specie.*

§. *CCLV. — Scala estimativa pel compensamento proporzionale nella ripartizione.*

§. *CCLVI. — Duplice specie di azione nascente dalla promiscuità. L' Intendente è competente solo in possessorio, e senza pregiudizio del petitorio. Rescritto.*

§. *CCLVII. — Ma la giurisdizione dell' Intendente non può esercitarsi che nel solo caso dell' attualità di possesso. Rescritto.*

§. *CCLVIII. — Cessa la delegazione straordinaria dell' Intendente per ogni altra azione diversa dal giudizio possessorio per scioglimento.*

§. *CCLIX. — Le contese di confini tra i Comuni sono di competenza amministrativa, specialmente quando risolvono quistioni di promiscuità tra i municipî stessi.*

§. *CCLX.—Una decisione di confinazione però non può mai pregiudicare un dritto di proprietà privata.*

## §. CCLIII.

*Differenza tra la reintegra e lo scioglimento di promiscuità. Gli usi a titolo di servitù o condominio son la base di questa seconda azione.*

609. Le ragioni istesse che han renduto necessario lo stabilimento dell' azione di reintegra, giustificano altresì quello dell'azione intesa a sciogliere le promiscuità. La novella legislazione, nell' ordinare la ripartizione dei demani, dispose lo scioglimento di ogni promiscuità di usi, come un atto indispensabile per dar compimento al novello sistema. Fu perciò che la legge del 1816, proclamando il principio medesimo, delegava anche agl' Intendenti quella medesima giurisdizione straordinaria, per promuovere lo scioglimento di tutte quelle che tuttavia esistessero, e decidere le quistioni che ne potessero sorgere.

610. Grave però è la differenza che intercede tra l' azione di reintegra, e l' altra di scioglimento di promiscuità. La prima ha luogo su i fondi che si pretendono demani esclusivi del Comune reclamante; vale a dire, ha luogo quando gli usi civici, che formano il carattere precipuo di un fondo demaniale, sieno esercitati per la ragion del dominio. La seconda poi ha luogo allorchè gli usi abbiano per loro titolo la semplice ragione del condominio, o di una servitù acquistata sul terreno che si asserisce promiscuo, e che si vuol ripartire. Il condominio adunque, o la servitù, è la base ed il sostrato di un' azione per iscioglimento di promiscuità.

611. E quì occorre rammentare quel che ho detto di sopra, riportando i chiarimenti contenuti nella Circolare del 29 agosto 1807. A simiglianza della reintegra, l'azione di scioglimento di promiscuità non può sperimentarsi se non su quei terreni che abbiano qualità demaniale. Se la prima ha luogo pei demani di esclusivo dominio del comune, questa poi si esercita su quelli che sono comunali pro-

miscui, ovvero feudali, o di chiesa, ma non mai sulle terre allodiali private. Gli usi che si esercitassero su queste ultime, mancando di un titolo giuridico di esistenza, ed essendo dichiarati aboliti dalla legge, non potrebbero dare adito ad un compensamento qualunque; nè la tolleranza del privato potrebbe in alcun caso esser considerata come base di un'azione a suo danno.

## §. CCLIV.

### *In che consistono tali usi: loro triplice specie.*

612. Sarebbe inutile qui indagare quale sia l'origine storica o la base razionale di questi usi civici esercitati dai naturali di ciascuna università su i demani feudali o ecclesiastici: un tale esame non tornerebbe di veruna utilità pratica per lo scopo di questo trattato. Dirò dunque, che o vogliansi riguardare come riserbe più o meno estese del dominio che le popolazioni rappresentavano sulle terre demaniali, ovvero come riserbe tacitamente o espressamente apposte dal concedente per conservare a quelle il mezzo di esistere; non per questo la loro esistenza tralascerà di avere un titolo giuridico nella ragione del condominio o in quella di una servitù acquistata o conceduta. E però la legge, facendo una solenne e legale ricognizione del loro esercizio, li allogò in una triplice categoria, ad oggetto di fissare una base progressiva della loro valutazione nello scioglimento della promiscuità.

613. Secondo le istruzioni del 10 marzo 1810 pubblicate a tale obbietto, gli usi civici possono ridursi a tre classi. La prima comprende gli usi *essenziali*, quelli cioè che riguardano lo stretto uso personale, necessario al mantenimento di ciascun usuario. La seconda comprende gli usi civici *utili*, cioè quelli che oltre l'uso necessario personale, inchiudono una parte anche d'industria. La terza poi è quella degli usi *dominicali*, vale a dire quelli che, contenendo

una partecipazione ai frutti ed altri godimenti del fondo, rivelano la ragione del condominio.

614. Appartengono alla prima classe gli usi di pascere; di acquare; di pernottare; coltivare con una corrisposta al padrone; legnare per lo stretto uso del fuoco o degli strumenti rurali per edifizi: cavar pietre o fossili di prima necessità; occupar suoli per abitazioni. Alla seconda appartengono, oltre gli usi suddetti, anche gli altri di utilità, come legnare indistintamente; raccorre ghiande cadute o castagne; pascerle per uso proprio col padrone, sia in tutto sia in parte del demanio; scuotervi anche i frutti pendenti; immettervi gli animali a soccio; cuocere calce per negoziato; essere preferito ai compratori stranieri nella vendita o consumo dei frutti del demanio. Nella terza da ultimo entrano quelli di far piante ortalizie senza prestazioni; seminar grani per uso proprio, o marzatici indistintamente senza corrisposta, o con una così visibilmente tenue, che mostri essere una semplice ricognizione della signoria feudale; partecipare del dritto di fida o diffida, dove questa esisteva, o dell'utilità dei terraggi o delle coverte e dei frutti che si vendono; fissare in ogni anno la corrisposta che i cittadini debbono pagare al padrone diretto per le ghiande, castagne e simili.

## §. CCLV.

### *Scala estimativa pel compensamento proporzionale nella ripartizione.*

615. Or la legge, fissata la diversa indole e qualità degli usi, doveva altresì stabilir le basi del compensamento nella ripartizione del terreno promiscuo, ad oggetto di assicurare un'uguaglianza almeno approssimativa tra i condividenti. E poichè sarebbe stata forse opera impossibile eseguire una liquidazione rigorosa dei dritti rispettivi di costoro, così si reputò necessario stabilire una scala progressiva e proporzionale di compensi, ragguagliata alla diversità

degli usi esercitati sul fondo. Mediante siffatto metodo invariabile si vollero evitare tutte le possibili dispute, ed ogni specie di arbitrio e d'incertezza.

616. A conseguir dunque un tal fine, con le medesime istruzioni del 1810, fu determinata, per ciascuna delle indicate classi di usi, la porzione da separarsi nel modo seguente. Fu stabilito il quarto di tutto il demanio come *minimum* del compenso degli usi essenziali, o che si esercitino tutti, o che se ne eserciti una parte qualunque; ma si prescrisse, che secondo la varietà dei casi e delle circostanze, potesse tal quota aumentarsi al terzo, ed anche fino alla metà del demanio stesso. Il *minimum* poi del compenso degli usi appartenenti alla seconda e terza classe, o che sieno esercitati tutti, o che se ne eserciti una parte qualunque, fu fissato alla metà del demanio; prescrivendosi ancora, che secondo le varie circostanze da valutarsi dai ripartitori, potesse tal quota crescere a due terzi, e fino a tre quarti del demanio in beneficio del Comune usuario; la qual ragione venne aumentata sino a questo valore, attesochè l'esercizio degli usi di seconda e terza classe rivela sempre un titolo di condominio. Ma è a notare che in quest'ultimo caso, la proporzione fissata dalla legge abbraccia anche il compenso degli usi essenziali, ossia di prima classe, qualora in tutto o in parte esistano nel demanio medesimo.

## §. CCLVI.

*Duplice specie di azione nascente dalla promiscuità. L' Intendente è competente solo in possessorio, e senza pregiudizio del petitorio. Rescritto.*

617. Or veduto su quali specie di terre può esservi legalmente promiscuità, e con quali basi debbe operarsene lo scioglimento, non altro rimane che far qualche cenno sulle azioni che possono nascerne e sulla competenza. Trattandosi di usi civici, i quali so-

no dei dritti reali, due specie di azioni possono esercitarsi, il cui effetto è in ambo i casi di fare assegnare una quota parte del fondo in proprietà al comune. Con l'azione possessoria un tale assegnamento si opera in linea semplicemente possessoriale, e secondo lo stato possessivo, senza pregiudizio dell'azione petitoria. Con questa seconda poi si cerca di assodare il dritto all'esercizio degli usi, quando un tal diritto venga impugnato.

618. La competenza dell'Intendente è ristretta unicamente al giudizio possessorio, e ad operare la corrispondente divisione secondo lo stato possessivo. Da questa speciale delegazione in fuori, ogni altra quistione che esca dai limiti del possessorio e che tragga l'esame del dritto e dei titoli, rientra nella giurisdizione dei tribunali ordinari. Questo principio che forse non trovasi con molta precisione dichiarato dalla legge, è stato fermato dalla giurisprudenza di vari Sovrani Rescritti, fra i quali quello del 21 giugno 1817 tra la duchessa di Carinari ed il Comune di Valloscura.

619. La duchessa di Carinari, per impedire che l'Intendente non procedesse alla divisione di un suo ex-feudo nel Comune di Valloscura, citò questo innanzi al Tribunale civile per sentir dichiarare la libertà del fondo; ed il tribunale pronunziò la sua competenza. Elevatosi allora il conflitto, il Supremo Consiglio di Cancelleria osservò — « Essere bene appoggiate le ragioni sulle quali l'In-
« tendente ha elevato il conflitto, non negando al potere giudi-
« ziario la facoltà di decidere in petitorio della proprietà o della
« libertà dei fondi controvertiti, ma affermando solo essere nello
« attribuzioni di lui di procedere alla divisione secondo lo stato
« possessorio, e di dovere esso conoscere delle quistioni circa il
« possesso, quistioni che generalmente in tutte le cause dei pri-
« vati neppure si appartenevano, nè si appartengono ai tribunali
« civili, ma ai giudici inferiori, oggi di circondario. Ora, pre-
« scindendo che per espressa disposizione degli art. 25 e 26 del
« Codice, non potendosi cumulare il petitorio col possessorio,
« colui che promuove l'azione non è più ammesso ad agire in

« in possessorio ; per cui il duca di Carinari non sarebbe più am-
« messo ad agire in possessorio davanti le autorità competenti ;
« nulladimeno le controversie che possono sorgere fra gli ex-baroni
« ed i comuni nella divisione dei demani circa il rispettivo pos-
« sesso , non debbono portarsi davanti il giudice di circondario ,
« dovendo lo stato del possesso amministrativamente, non già giu-
« diziariamente verificarsi, secondo la qual verifica dee la divisio-
« ne seguire senza pregiudizio del petitorio, giusta l' art. 5 del de-
« creto del 3 dicembre 1808 , la quale legge è stata conservata
« dalla clausola derogatoria contenuta nell' art. 315 della legge del
« 12 decembre 1816 , perchè versa su di materie espressamente
« nella nuova legge non contemplate. » — « È perciò di avviso
« potere il tribunale civile della seconda provincia di Abruzzo Ul-
« teriore proceder nel solo giudizio petitorio , senza impedirsi al
« potere amministrativo la divisione dei beni , secondo lo stato
« possessorio , che potrà verificare ai termini delle mentovate leg-
« gi , e senza pregiudizio delle ragioni delle parti nel petitorio. »
« — Approvato con R. Rescritto del 19 luglio 1817. »

## §. CCLVII.

*Ma la giurisdizione dell' Intendente non può esercitarsi che nel solo caso dell' attualità di possesso. Rescritto.*

620. Quello però che pone una gravissima differenza tra la reintegra , e l' azione possessoria di scioglimento di promiscuità , non è soltanto il diverso obbietto che ciascuna di esse si propone , ma le condizioni di tempo che deggiono accompagnare quest' ultima , e dalle quali la prima si sottrae , siccome abbiam veduto. Lo scioglimento di promiscuità in linea possessoriale non diversifica da ogni altra azione possessoria ordinaria e civile , e debbe perciò al pari di questa essere subordinata ai termini che ne regolano l' ammissibilità. Potrà dunque essere intentata ed ammessa dal-

l' Intendente, allorchè il Comune che la propone sia nell' attualità del possesso degli usi civici, ovvero quando, essendo stato turbato o spogliato del possesso per via di fatto, lo intenti tra l' anno dallo spoglio; ma allorquando, perduto il suo possesso, avesse fatto trascorrere il termine utile e voluto per ogni azione possessoria in genere, non potrebbe essere accolta, nè potrebbe esso pretendere, che pel solo motivo di aver posseduto una volta, abbia dritto per questo suo possesso remoto ad una ripartizione. Non gli rimarrà allora aperta altra via che il giudizio petitorio, per far riconoscere giuridicamente l' esistenza del suo dritto, ed ottenere poscia il compensamento.

621. Questa condizione necessaria dell' attualità del possesso per promuovere l'azione possessoria di scioglimento innanzi all' Intendente, è stata dichiarata da un recente Rescritto del 6 novembre 1852 tra il Comune di Acerno ed il Capitolo dello stesso. Eccone le parole: — « Eccellenza. Dal Comune di Acerno in » provincia di Salerno erasi prodotta domanda avverso il Capitolo » dello stesso Comune per iscioglimento di usi civici sopra de- » manio Ecclesiastico; e l' Intendente spiegava l' analogo procedi- » mento per lo scioglimento della promiscuità, secondo le leggi ed » i regolamenti sulla materia. — In pendenza di tali procedure, il » Capitolo adiva il Tribunale civile, onde far giudicare la libertà » del fondo; su la quale azione si è disputato della competenza tra » il potere giudiziario e l' amministrativo. — L' autorità giudiziaria, » riconoscendo la competenza del potere amministrativo nel solo » possessorio e non nel petitorio, ha nella specie ritenuta la com- » petenza propria, ed ordinato una pruova su l' esistenza degli usi » civici. — L' Intendente, riguardando come pertinente esclusiva- » mente al potere amministrativo il conoscere, tanto nel posses- » sorio, quanto nel petitorio, della esistenza degli usi civici, del- » la servitù e della libertà de' fondi, ha elevato conflitto. — Ras- » segnate al Re, N. S., le carte risguardanti tali quistioni, e il » parere emesso dal Consiglio di Stato, si è considerato, che così

» per le diverse disposizioni emanate dal 1806 in qua circa lo « scioglimento della promiscuità, come per la legge de' 12 dicembre » 1816, combinata con l'altra de' 21 marzo 1817, la ingerenza » del potere amministrativo, in fatto di scioglimento di promiscuità, *è limitata solo al possessorio*, deferendosi espressamente al » potere giudiziario le quistioni relative alla servitù ed alla libertà » del fondo che si pretende promiscuo. — E la M. S., conformemente all' avviso del Consiglio di Stato, con risoluzione del 4 » stante ha dichiarato la causa della quale trattasi, di competenza » del potere giudiziario. »

622. Un tal rescritto viene dilucidato dalle seguenti considerazioni del Consiglio di Stato, il quale specificamente opinò essere indispensabile la condizione del possesso attuale. — « Il Decreto di Settembre 1806, che il primo dispose lo scioglimento delle promiscuità e la divisione dei demanî, e le istruzioni di Marzo 1810 che fissarono le norme della divisione, non ebbero altro fondamento se non lo stato del possesso. E così esser dovea, poichè il distacco provveniente dalla divisione, formava il compenso di quel diritto, di cui il Comune si trovava *attualmente* in esercizio. — Lo stesso procedimento celere e scevro di ogni forma giudiziaria, fu delegazione attribuita per tale oggetto, prima a' Commessarî regî, e di poi agli Intendenti, con un gravame mero devolutivo. Le facoltà loro di conciliare gl' interessi dei condividenti, eran cose le quali potevan convenire al cangiamento di un possesso con una parte del fondo che lo compensasse; ma non potevano adattarsi alle quistioni di proprietà, a' giudizî petitoriali, che vanno decisi con alte indagini, con le forme severe del rito, e da' collegî, non mai da un poter delegato. — Nè la legge de' 12 dicembre 1816, su l'amministrazione civile, là dove attribuisce agli Intendenti la facoltà di sciogliere le promiscuità, estese la loro delegazione a pronunziar anche in petitorio. Che anzi, colle espressioni citate di sciogliere le *promiscuità esistenti*, venne ad indicar quello che trovavasi già sanzionato co' precedenti atti legislativi, cioè che lo scioglimento e la divisione

dovessero aver per base il possesso, e quindi la facoltà del delegato arrestarsi alle sole dispute in possessorio. » — » Venne poi la legge del 21 marzo 1817 sul contenzioso amministrativo, la quale nell'articolo 5.° dichiarò di non poter mai appartenere all'autorità incaricata del contenzioso amministrativo, ancorchè vi fosse interessata l'amministrazione pubblica e lo stato, l'esame ed il giudizio delle azioni tendenti a rivendicar la proprietà di un immobile, o ad asserirne la libertà. Se dunque le azioni revindicatorie si appartengono al potere ordinario, e non al contenzioso amministrativo, anche quando vi sia interessato lo stato e la pubblica amministrazione, molto meno possono appartenere all'Intendente qual delegato con procedimento governativo. Nè la massima viene alterata dall'eccezione che si legge nello stesso articolo quinto della legge di marzo 1817, ove si fanno salve le disposizioni contenute nell'articolo sesto, cioè che debbono appartenere a' giudici del contenzioso amministrativo tutte le controversie sulle pubbliche strade: eccezione che il seguente articolo settimo applicò a' porti, a' lidi, ed in generale a tutto ciò che è una dipendenza del demanio pubblico. — A prescinder sempre dalla differenza che passa tra il contenzioso amministrativo e la delegazione dell'Intendente in linea governativa, differenza che vi è anche tra le dipendenze del demanio pubblico ed i demanî sieno feudali sieno comunali, le cose appartenenti al pubblico demanio son quelle di cui la proprietà non è di alcuno, e l'uso regolato bensì da leggi opportune, è di tutti i cittadini i quali compongono la gran famiglia dello stato. Per l'opposto i demanî comunali son quelli la cui proprietà non è di alcuno, e l'uso si appartiene agli individui tutti, che compongono il comune. I feudali son quelli la cui proprietà si appartiene al barone quale utile signor del fondo, soggetto però agli usi civici a favore de' cittadini. Il perchè la disposizione eccezionale, propria a tutelare le cose di pubblico interesse di tutti i singoli, niuno escluso, mal si applicherebbe alle cose dell'interesse di una speciale comunità. — E quindi i demanî comunali, ed anche se si voglia i demanî feudali, per quanto importa il go-

dimento degli usi ed il rispettivo compenso, forman parte della pubblica amministrazione, non del pubblico demanio. E la disposizione di eccezione degli articoli sesto e settimo della legge de' 21 marzo 1817, riguarda questo non quelli; perchè questo, o sia le cose attinenti alla pubblica Amministrazione, vanno soggette alla regola dell'articolo quinto, cioè di appartenere per le azioni petitorie al potere ordinario » — » Finalmente i Reali Decreti promulgati sulla divisione de' demanî della Sicilia, a' quali si vorrebbe ricorrere per sostenere nelle quistioni in petitorio pei demanî di quà dal Faro la competenza dell'Intendente, afforzano il contrario argomento. — Nelle istruzioni degli 11 di dicembre 1841, per la divisione dei demanî al di là del Faro, si variò in parte dalle istruzioni di Marzo 1810, per la divisione dei nostri demanî. In quelle nell'articolo 16 si disse, che nello scioglimento delle promiscuità e nella compensazione degli usi civici, si dovesse aver riguardo allo stato possessorio; e fin qui la disposizione fu simile a quella delle istruzioni del 1810. — Ma fu soggiunto (cosa che nell'istruzione del 1810 non vi era) che fosse permesso a' comuni, in mancanza del possesso, di poter provare innanzi all' Intendente in Consiglio d' Intendenza con titolo posteriore al 1735 gli usi civici, che potevano avere su le terre ex-feudali. Così la delegazione dell'Intendente fu estesa all'esame dei titoli.—Ciò posto, i reali rescritti rispondono alla massima già stabilita colla legge, ogni qualvolta si promovessero quistioni di competenza tra il potere ordinario e l'Intendente, qual delegato per la divisione de' demanî. Quindi il Rescritto de' 5 novembre 1843, che s' invoca come rescritto di massima, fece la seguente dichiarazione. » L'art. 16 delle istruzioni per lo scioglimento delle promiscuità parla » chiaro : il possesso *attuale* è il principio da farsi valere da'co- » muni nel possessorio. Per l' epoca del 1735 in poi, quando i » Comuni suddetti non si trovano *attualmente* in possesso, deb- » bono i loro diritti farsi valere nel petitorio innanzi all' Inten- » dente » — E la distinzione trovasi anche più chiarita da una posteriore ministeriale del Ministro dell' Interno de' 22 aprile 1843

nella quale diceva: — « Ho letto il suo ufficio relativo al dubbio » proposto dall' Intendente di Noto se debbansi osservare le for- » me di procedura sovranamente approvate per lo scioglimento del- » le promiscuità nel possessorio, o pure si debbano introdurre a » decidere le cause a' termini della legge de' 25 marzo 1817 quante » volte i Comuni attori, in mancanza di possesso, vogliansi giova- » re, per potere esercitare gli usi che loro competono, de' loro » titoli che non rimontino al di là del 1735. E trovo giusta la » risposta da lei data su di ciò, che il titolo quinto delle istru- » zioni di dicembre 1841, che detta le regole in fatto di scio- » glimento di promiscuità o di divisione de' demani ex-feudali ed » ecclesiastici, abbraccia tanto il possessorio quanto il petitorio ». Quindi è, che per essersi ampliato il dritto de' Comuni a promuovere la divisione de' demani, anche in mancanza di possesso, ricorrendo a' titoli non anteriori al 1735, fu necessità ancora ampliare le facoltà del potere destinato ad eseguire la divisione. E perciò fu attribuito all' Intendente il potere di esaminare i titoli, e quindi fatto competente nel petitorio. Tolta questa circostanza, e limitato il diritto de' Comuni a promuovere la divisione dei demani sullo stato del possesso del 1806, senza poter ricorrere ai titoli, si presenta la delegazione degl' Intendenti limitata alle sole quistioni in possessorio. — Per queste osservazioni, la Commessione de' conflitti concorre unanime nell' avviso, che possa S. M. compiacersi dichiarare la causa della quale trattasi tra il Comune di Acerno e quel Capitolo, di competenza del potere giudiziario. »

## §. CCLVIII.

*Cessa la delegazione straordinaria dell'Intendente per ogni altra azione diversa dal giudizio possessorio per scioglimento.*

623. Ad eccezione adunque dell' azione possessoria per scioglimento di promiscuità sullo stato possessivo attuale, qualunque

altra azione o controversia che si rannodasse o dipendesse dalla promiscuità medesima, uscirebbe dai termini della giurisdizione delegata e rientrerebbe nella giurisdizione ordinaria. Della quale limitazione possiamo addur per esempio la causa tra Giuliani ed il Comune di Corleto, che provocò un Rescritto del 12 febbraio 1851, con cui si annullò un'ordinanza dell' Intendente a motivo d'incompetenza. E questa disposizione di massima manifesta sempre più, che la giurisprudenza amministrativa tende ora a ristringere nei suoi rigorosi confini quel potere delegato ed eccezionale, il cui esercizio può spesso turbare l' ordine delle giurisdizioni.

624. Dai Comuni di Corleto e Roscigno si possedeva un fondo promiscuamente. Corleto vi rappresentava il dritto di proprietà per due terze parti, e Roscigno per l' altra terza parte. Nel 1992 la parte di Roscigno fu venduta a Maffei col patto di ricompra, e da quest' ultimo passò a Giuliani. — Nel 1837 Giuliani, dichiarandosi legittimo acquirente della terza parte di quel fondo, dimandò lo scioglimento della promiscuità. — Roscigno vi aderì; ma Corleto pretese che doveva seguire a condizione che Giuliani non avesse avuto quella parte che desiderava, ma una diversa: ed opponendosi quest' ultimo, fu ordinata una specifica. — Il delegato trovò che Corleto aveva torto, perocchè le due parti, che si ricusavano dal Giuliani, erano quelle più vicine ad esso Comune, e quindi ad esso spettavano. L' Intendente confermò con sua ordinanza l' avviso del delegato. — Ambedue i Comuni ricorsero alla G. C. de' Conti. Roscigno disse doversi togliere a dirittura il fondo a Giuliani, perchè quel patto di ricompra costituiva un contratto di anticresi. Corleto diceva che l' Intendente non poteva conoscere della controversia; perchè dallo stesso Giuliani erasi dichiarato in un pubblico atto, che egli possedeva nel punto detto Trattoria, e che quella parte del fondo aveva dato per patrimonio ad un notajo suo parente; quindi non aver ragione sulle porzioni diverse di quel sito. Voleva in ultimo la rescissione della vendita per lesione. — La G. C. de' conti osservò, che l' Intendente di Salerno non riconobbe già una comunione di usi e

la disciolse , nè l' esistenza di un terreno demaniale non per anco diviso ed il partì, come avrebbe potuto fare in conformità delle Leggi dell' Amministrazione civile. Ma bensì vide e dichiarò in qual proporzione avesse a distribuirsi un fondo, sulla proprietà del quale nasceva controversia, e di quale valore si fosse un contratto che producevasi in sostegno di ragioni dominicali; e di ciò non poteva affatto decidere. Fu dunque di avviso annullarsi la ordinanza, e rinviarsi le parti ad un regolare giudizio di promiscuità.

625. Il Consiglio di Stato, ha emesso il seguente avviso. « Incaricato d'ordine sovrano a dare avviso sulla controversia tra i Comuni » di Corleto, Roscigno e Giuliani, ha osservato, che la competenza » esser non possa dell'Intendente qual delegato della divisione de' demani, sia che il fondo in disputa si consideri come demaniale, sia » come patrimoniale.—« Nel primo caso, versando la contesa sull'appartenenza della proprietà , ossia se al privato che trovasi in comunione dei due Comuni, si appartenga piuttosto una parte che » un' altra del fondo, e se *jure* gli si appartenga la distrazione originaria che di quella parte un Comune ne fece ; coteste dispute » sono certamente fuori la sfera della delegazione degl' Intendenti » come Commissarì ripartitori. — « Molto meno può rientrare la » contesa in quella sfera nel secondo caso, cioè di trattarsi di beni » patrimoniali di due Comuni, e quindi di un giudizio tutto civile, » *communi dividundo*, tra esso ed un privato.—« Il perchè non può » meritare accoglienza l'avviso della G. C. de' Conti, la quale mentre ha disapprovato il procedimento tenuto innanzi all'Intendente, » ha nel tempo stesso rinviate le parti ad un regolare giudizio di » scioglimento di promiscuità; il che importa rinviarle innanzi allo » stesso Intendente. Quindi più opportuno sarebbe stato inviarle innanzi al potere giudiziario. Ma perchè è sempre precoce la dichiarazione di competenza per un giudizio da intentarsi, il quale » va meglio riserbato intero e non pregiudicato in alcuna parte , » così il rinvio ad altro giudizio è giusto che si spieghi in termini generali. — Per le quali ragioni opinò il Consiglio, potersi

» S. M. compiacere di approvar l'avviso della G. C. de' Conti cir-
» ca l'annullamento dell'ordinanza dell'Intendente; ma non la secon-
» da parte, soggiungendosi che rimanga salvo il dritto delle parti
» in altro giudizio di propria sede innanzi al Magistrato competente.
» E la M. S. ha approvato a' 12 Febbrajo 1851 ».

## §. CCLIX.

*Le contese di confini tra i Comuni sono di competenza amministrativa, specialmente quando risolvono quistioni di promiscuità tra i municipî stessi.*

626. Rimane per ultimo un' altra specie di quistioni nell'interesse dei comuni, quelle cioè che riguardano la loro rispettiva confinazione, e che perciò possono avere una diretta influenza sulle controversie di proprietà, specialmente nel caso di promiscuità tra due o più Comuni sopra un fondo demaniale, che trovasi far parte del loro rispettivo territorio. Si scorge a primo tratto, che la determinazione dei confini può divenire una quistione molto ardua e spinosa, perchè da essa potrà dipendere la fissazione del rispettivo diritto dominicale. Dovea dunque la legge provvedere a tali quistioni *sui generis*; tanto più che a prescindere dalla loro stretta attenenza con le contese di promiscuità, possono esse dar luogo talvolta a conflitti tra le diverse autorità locali per ragione di competenza territoriale.

627. Laonde, guardata nella sua indole e nei suoi effetti, una quistione di confinazione comunale assume una tale importanza amministrativa, che le imprime il carattere di quistione d'interesse pubblico, giudicabile perciò dal tribunale amministrativo. È per tal motivo che la legge del 21 marzo 1817, art. 9, ne attribuisce la cognizione ai giudici del contenzioso amministrativo; la quale attribuzione s' intende subordinata alle prescrizioni dell' altra precedente legge del 1 maggio 1816 sulla circoscrizione terri-

toriale del regno. Secondo l'art. 11 di quest'ultima, ecco in qual modo e da chi debbonsi diffinire le quistioni di confini: — » Ele» vandosi ( essa dice ) quistioni di confini tra più comuni, saran» no esaminate dal consiglio d' intendenza della provincia, quando » i comuni appartengono alla stessa provincia. Quando poi i comu» ni, tra i quali ha luogo la quistione, appartengono a più pro» vincie, l' esame ne sarà fatto dal consiglio d' intendenza di una » di esse, che verrà a ciò delegato dal ministro dell'Interno. L'av» viso motivato che emanerà dal consiglio d' intendenza, sarà sot» tomesso alla nostra risoluzione nel consiglio dei nostri ministri » di stato dallo stesso ministro dell' interno, dopo che avrà preso » il parere della Regia Corte de' Conti. »

## §. CCLX.

### *Una decisione di confinazione però non può mai pregiudicare un dritto di proprietà privata.*

628. Ma la controversia di confinazione del territorio comunale è limitata unicamente al suo scopo intrinseco, vale a dire a determinare con precisione i limiti del territorio nell' interesse del Comune, senza che mai non possa inchiudere o pregiudicare la risoluzione di quistioni di privata proprietà che vi si trovassero per avventura mischiate. Non potrebbesi per questa via indiretta ferire o conculcare il principio assoluto, in forza del quale ogni quistione di proprietà privata va diffinita unicamente dal giudice ordinario. Il decreto del dì 6 decembre 1808 che diede minute disposizioni circa la risoluzione delle contese di confini che avessero relazione allo scioglimento delle promiscuità fra i comuni, ne eccettuò specificatamente il caso in cui con tale diffinizione venissero a compromettersi i diritti di proprietà privata. « Non sono compresi ( es» so diceva nell' art. 5 ) nella disposizione dell' articolo precedente » tutte le liti di confini tra comuni, nelle quali si trovi mescola-

» to un interesse di privata proprietà. Quindi in tutt' i casi nei » quali la contesa dei confini tra i comuni decida anche o la revin- » dica , o i confini dei fondi dei privati , o di azioni coloniche e » perpetue acquistate dai cittadini di uno dei paesi contendenti, o » di dritti di decima , di terraggi , di pascolo e di altre presta- » zioni dovute agli ex-baroni , e qualunque altra contesa che con- » tenga disputa di proprietà particolare ; tali liti continueranno » ad essere della cognizione dei rispettivi giudici competenti ».

629. Laonde , la decisione di confinazione , se può esser titolo per iscioglicre e diffinire quistioni di promiscuità tra i Comuni che contendono l' uno a fronte dell' altro per la determinazione dei loro dritti rispettivi , non mai però potrebbe avere una tal forza contro il privato , per decidere in un modo piuttosto che in un altro circa un suo dritto dominicale o di proprietà. La decisione sulla confinazione , rimanendo sempre come un atto contenzioso-governativo , lascia salva e per nulla pregiudicata la quistione di proprietà privata ; e però i giudici ordinarî , nel pronunziarvi , rimangono indipendenti e non legati da quanto in quella si contenga e che potrebbe in certa guisa influire sulla loro sentenza.

# TITOLO SESTO

## PRINCIPJ DELLA COMPETENZA IN ORDINE AGLI ATTI AMMINISTRATIVI.

---

## CAPO PRIMO

### CARATTERE DELL' ATTO AMMINISTRATIVO E BASE DELLA COMPETENZA.

§. *CCLXI. — Transizione. Che cosa debba intendersi per atto amministrativo.*

§. *CCLXII. — Duplice suo carattere essenziale, di amministrazione pubblica e di gestione.*

§. *CCLXIII. — Gli atti di gestione patrimoniale sono anche amministrativi, perchè risguardano un oggetto di pubblica amministrazione.*

§. *CCLXIV. — Inapplicabilità della giurisprudenza francese tra noi su tal punto.*

§. *CCLXV. — Esemplificazione degli atti amministrativi.*

§. *CCLXVI. — Distinzione tra le quistioni intrinseche ed estrinseche all' atto. La competenza amministrativa comprende tutte le quistioni intrinseche, cioè quelle di legalità, validità, ed interpetrazione dell' atto.*

§. *CCLXVII. — Che cosa debba intendersi per quistione di legalità dell' atto amministrativo. Rescritto.*

§. *CCLXVIII. — Che cosa debba intendersi per validità: sua differenza dalla legalità.*

§. *CCLXIX. — L'interpetrazione risguarda le quistioni circa*

*il senso ed il contenuto dell' atto. Distinzione sanzionata da un rescritto del 1823.*

§. *CCLXX. — Ben si comprende che la competenza per ragione dell' atto amministrativo non può aver luogo in caso di contratto verbale.*

§. *CCLXXI. — Ma la competenza in ordine agli atti amministrativi non può risguardare che le sole azioni civili personali, non mai quelle di proprietà.*

§. *CCLXXII. — Quando si dubita della legalità, validità o interpetrazione di un atto amministrativo che può influire sulla contesa di proprietà, la quistione pregiudiziale sull' atto è di competenza amministrativa.*

## §. CCLXI.

*Transizione. Che cosa debba intendersi per atto amministrativo.*

630. Ho detto in altro luogo, e precisamente nel n.° 80, che la nostra legge del 21 marzo 1817, nel determinare la formola scientifica ed i caratteri della contesa amministrativa, ha voluto eziandio specificare quali fossero gli oggetti di amministrazione pubblica, da cui può essa nascere; e li ha perciò compresi sotto due categorie generali, cioè, 1.° *le cose che non vengono possedute a titolo di proprietà privata da alcuno;* 2.° *le istituzioni e le forme dirette a conservare l' integrità e la destinazione di queste cose medesime.* Ho detto ancora, che la legge, sotto la universalità del vocabolo *cose*, ha voluto indicare qualunque oggetto il quale, sottraendosi alla privata appropriazione, diventa materia speciale dell' azione e del movimento amministrativo; e che sotto la seconda categoria ha essa voluto riassumere appunto tutte le operazioni e gli atti d' imperio, a cui è deputata l' amministrazione per tutelare e mantenere incolumi tali cose pubbliche, e ciò indipendentemente da queste cose stesse per le quali vengono esercitati. Tutte le materie adunque dei giudizi amministrativi vanno necessariamente a collocarsi in una di queste due idee semplici, vale a dire, o le cose pubbliche, o gli atti amministrativi presi in sè stessi. Or se nei titoli precedenti ho sviluppati i principi della competenza relativamente alle più importanti tra le cose pubbliche, in questo poi cennerò le norme direttive della competenza medesima in ordine agli atti cui è deputata l'amministrazione, senza considerazione della cosa a cui l' atto possa riferirsi.—Ma a procedere ordinatamente, fa mestieri determinare innanzi tutto la significazione, il valore ed i caratteri dell' atto amministrativo, d' onde emergono come conseguenze i principi della competenza.

631. Genericamente considerato, l' atto dicesi amministrativo

quando emana dal funzionario o dall' autorità pubblica, costituita sia come autorità individua, sia come collegio, nell' esercizio delle sue funzioni, e per un servigio pubblico, tale riconosciuto o dichiarato dalla legge. Ben si comprende che in questa considerazione generica dell' atto amministrativo riesce indifferente la forma estrinseca di esso, come anche il grado della gerarchia in cui trovasi posto il funzionario che lo emette. Può esso assumere la forma di permesso, di autorizzazione, di regolamento, d' istruzione, di contratto, o qualunque altra; può esser l' opera del Sindaco, dell' intendente, del ministro, di una corporazione collegiale, di un consiglio, di un capo di amministrazione, ecc.; ma siffatte varietà non potranno snaturare la sua indole di atto amministrativo. Sarà dunque tale il permesso conceduto per autorizzare lo stabilimento di un opificio industriale o insalubre; sarà tale il contratto stipulato dall' amministrazione con un appaltatore di opere pubbliche, o quello fatto dal Sindaco per l' amministrazione dei beni comunali; sarà anche tale il regolamento emanato per la distribuzione ed esercizio di un corso di acqua pubblica; sarà tale in somma qualunque atto, con cui l' autorità o il funzionario manifesta estrinsecamente ed esercita i poteri proprî di cui è investito dalla legge.

## §. CCLXII.

### *Duplice suo carattere essenziale, di amministrazione pubblica e di gestione.*

632. Ma questa definizione generica dell' atto amministrativo inchiude una duplice specie di atti, che corrisponde al doppio ordine di poteri di che sono investite le autorità della gerarchia amministrativa. Tali poteri vengono distinti dagli scrittori in proprî e delegati, secondo che si riferiscono sia alla esecuzione delle leggi e dei regolamenti generali, sia alla speciale amministrazione del corpo morale cui sopraintendono, considerato come persona giuridi-

ca. Nel primo caso diconsi delegati, perchè i funzionarî li esercitano come organi e rappresentanti del potere esecutivo, ed in virtù della delegazione che da questo ne hanno ricevuta; nel secondo diconsi proprî, quasi che li esercitassero in virtù del mandato ad essi conferito dalla personalità giuridica.

633. Siffatta distinzione acquista chiarezza ed importanza speciale in quanto agli atti che si riferiscono segnatamente all'amministrazione municipale. Duplice è il carattere sotto cui debb'essere ravvisato il comune. Esso costituisce l'unità primitiva o la famiglia politica, fondamento dell'esistenza dello Stato: e sotto questo primo aspetto fa parte di un tutto più vasto da cui non può esser separato, ha una vita relativa, subordinata alla organizzazione generale dello Stato stesso. Sotto un secondo aspetto poi è una personalità morale complessiva, costituente un'associazione locale, avente un'autonomia propria: essa quindi, come un tutto distinto dallo Stato, è un ente giuridico investito di attributi e di diritti di proprietà, ha un patrimonio, lo amministra, sta in giudizio, ecc.

634. Or questo diverso modo di esistenza del comune, secondo che si considera o come ente politico, o come ente giuridico, dà luogo alla duplice specie di funzioni che trovansi riunite e si esercitano dall'autorità municipale, ossia dal Sindaco, e quindi alla diversa natura di atti amministrativi. Il Sindaco è nel comune il primo agente del potere centrale; è lo strumento ed il promotore della vita relativa dell'ente politico; ond'è che riceve gli ordini dai funzionarî superiori, li pone ad effetto, ed è delegato alla esecuzione di tutte le leggi, di tutt'i regolamenti, e di tutte le disposizioni dell'amministrazione centrale. Tutti gli atti dunque ch'egli fa nell'esercizio di questo primo carattere, emanano da lui *jure imperii seu potestatis*, e son propriamente quelli che diconsi *atti di amministrazione pubblica.*

635. Ma sotto un secondo aspetto il Sindaco è il rappresentante del comune ragguardato come ente giuridico, è il direttore e lo strumento di tutte le funzioni dipendenti dalla vita propria di

questa personalità collettiva; e perciò in questa sua qualità di mandatario ed agente del comune stesso, fa gli atti necessarî di gestione sotto la sorveglianza dello stesso potere centrale. Questa seconda specie di atti adunque, son da lui esercitati *jure dominii seu proprietatis*, riguardano l'amministrazione patrimoniale, e non l'amministrazione pubblica propriamente detta: son quelli in fine che assumono nome e carattere di *atti amministrativi di gestione*.

636. Questa diversità essenziale degli atti amministrativi si ravvisa ancora in una sfera più alta, allorquando cioè si considerano gli atti e le operazioni risguardanti l'amministrazione patrimoniale dello Stato, i quali anch'essi prendono il nome di atti di gestione.

## §. CCLXIII.

*Gli atti di gestione patrimoniale sono anche amministrativi, perchè risguardano un oggetto di pubblica amministrazione.*

637. Or se non dee, nè può confondersi un atto di pura gestione patrimoniale, con un atto di amministrazione pubblica, non per questo il primo lascerà di essere un atto *amministrativo* nel senso proprio e rigoroso della parola. Sarà sempre il funzionario amministrativo quello che lo esercita, ed in virtù di una diretta delegazione della legge; al che si aggiunga, ch'egli lo esercita non con quella indipendenza di azione e di facoltà con cui opera ogni amministratore di un patrimonio privato, ma subordinatamente al controllo ed alla sanzione del funzionario superiore della gerarchia. Il Comune e lo Stato, come enti giuridici, possessori di patrimonî, non sono *sui juris*, ma trovansi in condizione di minorenni in faccia al potere centrale, il quale esercita atti di tutela e di vigilanza, ad oggetto che questi patrimonî sieno conservati nella loro integrità, nè sieno distratti o deviati in usi diversi da quelli cui son destinati. La sanzione superiore adunque, esercitata anche nei limiti di una pura tutela, imprime senza dubbio all'atto di gestio-

ne il carattere di atto di amministrazione pubblica, appunto perchè una tale gestione patrimoniale costituisce uno tra gl'importanti oggetti di pubblica amministrazione. Di tal che, questa operazione essenzialmente amministrativa, perchè interessa un oggetto dichiarato ammistrativo dalla legge, non può essere valutata e giudicata dalla gerarchia giudiziaria, senza violare il principio della separazione.

638. Adunque il Sindaco che fa contratti di affitto o di appalto per un bene comunale, che cura i pagamenti e la riscossione delle sue entrate, che stipula contratti per le riattazioni dei fondi di pertinenza comunale, ecc., sebbene faccia atti di gestione patrimoniale, e non di alta amministrazione pubblica, fa però ad un tempo atti ed operazioni amministrative. Il qual principio, come ho detto, si applica del pari agli atti di gestione del patrimonio o dei beni patrimoniali dello Stato.

## §. CCLXIV.

*Inapplicabilità della giurisprudenza francese tra noi su tal punto.*

639. Una grave differenza ci ha su questo punto tra la nostra legge e la giurisprudenza francese, la quale per modo di regola generale sottrae alla competenza amministrativa tutte le quistioni che possono riguardare i contratti di affitto dei beni demaniali o comunali, anche quelle che son relative alla interpetrazione delle loro clausole. Si ritiene colà per insignificante la circostanza che tali atti sono stipulati nella forma amministrativa. S' invoca in appoggio la mancanza di un testo positivo, che attribuisca all'autorità amministrativa la cognizione di tali controversie; d' onde si cava il principio ch' esse debbano rimanere nella competenza dei tribunali ordinari, a norma del dritto comune. D' altra parte ( si dice da quei scrittori in quanto al demanio dello Stato ) non si tratta per esso che d'un interesse meramente pecuniario, e che

non lede punto la potestà governativa o amministrativa. Gli agenti amministrativi che stipulano affitti, non figurano che come istrumenti passivi, delegati dalla legge per considerazioni tutte economiche. Or veruna legge non ha conferito all'autorità amministrativa il dritto di pronunziare sul contenzioso degli affitti dei beni demaniali dello Stato. Si è pensato probabilmente, che trattandosi di un godimento temporaneo, l'interesse dello stato non fosse tanto compromesso da esigere una eccezione necessaria alla giurisdizione ordinaria dei tribunali (1).

640. E lo stesso principio è stato seguìto intorno agli affitti dei beni comunali e degli Stabilimenti pubblici. Se l'amministrazione, dicesi, interviene per approvarli, essa non fa in ciò che un atto di tutela, il quale convalida la convenzione e cancella l'incapacità di queste corporazioni, ma che non può conferire la giurisdizione al consiglio di prefettura nè sulla esecuzione dello affitto, nè meno sulla interpetrazione dei suoi patti, ancorchè la convenzione sia stipulata nelle forme amministrative (2).

641. Ma un tal ragionamento, a dir vero, parmi che non sia di un' esattezza molto rigorosa, perciocchè se la legge affida all' autorità pubblica l'amministrazione del patrimonio di queste personalità, sotto la sanzione ed il controllo dell'autorità superiore, e con la condizione di tutte quelle rituali solennità amministrative, egli è appunto perchè riconosce e qualifica una tale gestione come un oggetto di amministrazione pubblica. Le operazioni adunque e gli atti che il funzionario esercita e stipula pel conseguimento di un tale obbietto, di questo pubblico servigio, sono essenzialmente compenetrati da una qualità tutta amministrativa. E però, ove mancasse una legge espressa che attribuisse al giudice amministrativo la cognizione delle contese relative a tali atti, rimarrebbe sempre il

(1) V. in questo senso, C. di cass. 2 genn. 1817; Sirey, 17, 1, 192; Ord. del Cons. di St. 6 sett. 1820, *Gravillon*; 20 nov. 1840, *Michel*.

(2) V. Ord. del Cons. di St. 30. ott. 1834, *Bouletin*; 27 ag. 1839, *Robert*. — V. anche Serrigny, Contenz. amm. v. 2., n. 808 e 819.

principio generale su cui poggia la competenza amministrativa, principio che dovrebbe produrre le identiche conseguenze.

642. Ad ogni modo, tra noi non solamente l'identità del principio, ma anche il testo espresso della legge dee condurci ad una soluzione del tutto opposta; perciocchè, da tutte le sue disposizioni risulta, che l'atto di gestione patrimoniale fatto dal funzionario assume anch'esso l'indole di atto amministrativo. E però, a similianza dell'atto di amministrazione pubblica propriamente detto, va anch'esso soggetto alla competenza amministrativa in tutti quei casi, nei quali quello la provoca.

## §. CCLXV.

### *Esemplificazione degli atti amministrativi.*

643. Dirò dunque, che sono atti amministrativi, e tali da provocare i poteri giurisdizionali dell'amministrazione,

1.° Tutte le concessioni ed autorizzazioni accordate dai funzionari in virtù della potestà d'imperio, o dei poteri facoltativi ad essi conferiti dalla legge; come sarebbero, a modo d'esempio, i permessi per lo stabilimento di officine o opifici industriali.

2.° Tutt'i regolamenti emessi dalle autorità locali, intesi a fissare l'equa distribuzione dei servigi godevoli, cui son destinate le cose pubbliche, come sono per esempio le acque correnti; ed in generale ogni maniera di regolamenti amministrativi che versano sopra un obbietto di pubblica amministrazione.

3.° Tutt'i contratti di appalto stipulati dall'amministrazione per le opere ed i lavori pubblici; sia che tali contratti risguardino la costruzione delle opere medesime, sia la loro manutenzione.

4.° Tutti gli atti ed i contratti che le autorità pubbliche stipulano per l'amministrazione ed il servizio militare, sia che tali contratti abbiano per oggetto le forniture o somministrazioni pel mantenimento della milizia, sia i semplici lavori militari.

5.° Tutti gli atti ed i contratti necessarî all' amministrazione dei beni dello Stato, dei comuni, e dei pubblici Stabilimenti, sia che essi riguardino l' affitto o la censuazione, sia che si propongano la loro integrità e conservazione.

644. In tutti questi e simiglianti casi, poichè gli atti, qualunque sia la loro forma, vengono eseguiti per un oggetto di pubblica amministrazione, riconosciuto o dichiarato tale dalla legge, rivestono anch' essi il carattere e la qualità di atto amministrativo. Come tali, sono giudicabili dal giudice proprio dell' amministrazione, ogni qual volta dieno nascimento ad una controversia che debba esser diffinita nelle forme contenziose. Quel medesimo principio d' indipendenza e di separazione che sottrae al giudice civile le quistioni relative alle cose pubbliche, siccome abbiam veduto nei Titoli precedenti; quel medesimo sottrae ancora alla sua cognizione le contese nate dagli atti amministrativi. Ove fosse altrimenti, la gerarchia giudiziaria, lungi dal porsi uguale e parallela all'amministrativa, si porrebbe a questa superiore e onde verrebbe vulnerato il principio della loro reciproca separazione ed indipendenza.

## §. CCLXVI.

*Distinzione tra le quistioni intrinseche ed estrinseche all' atto. La competenza amministrativa comprende tutte le quistioni intrinseche, cioè quelle di legalità, validità ed interpetrazione dell' atto.*

645. Se questo è il principio generale della competenza in ordine alle contese che nascono per gli atti amministrativi, il divieto però fatto ai giudici ordinarî di poter conoscere degli atti di amministrazione e di governo, non debb' essere inteso in un senso talmente assoluto, da impedirne sempre ed in tutt' i casi la valutazione. I tribunali ordinarî all' opposto possono e debbono valutare ed eseguire gli atti amministrativi; nè avvi in ciò nulla che

possa violare il principio della separazione. Nel solo caso in cui la valutazione ed efficacia dell' atto diventi in sè stessa contenziosa, è allora che comincia l' incompetenza. E per determinare una formola semplice, dirò che quante volte la quistione rimane intrinseca all' atto, diviene incompetente il giudice ordinario; per l' opposto, se nel valutare od eseguire un atto amministrativo, la controversia cade in un campo tutto estrinseco, non cessa allora la sua competenza. Tenendo sempre presente questo principio cardinale, se ne possono fare infinite applicazioni a molti casi speciali, in forza delle quali esso diventa una regola di agevole direzione per delineare la rispettiva competenza.

646. Così, a modo d' esempio, i tribunali non potrebbero riformare o modificare dei ruoli di ripartizione delle pubbliche imposte; nè pronunziare sulla legalità, o sulle forme esterne o costitutive degli atti amministrativi, nè interpetrarli o determinarne l'estensione e gli effetti in un senso, piuttosto che in un altro; nè ordinare misure o impor divieti su ciò che può interessare la sicurezza pubblica; nè ordinar la sospensione di lavori prescritti dall' autorità amministrativa; nè interdire l' esercizio o il modo di esercizio d' industrie autorizzate, o annullare autorizzazioni amministrative, sul pretesto di non essere queste nelle forme legali; nè annullare o rescindere un contratto stipulato dall' amministrazione pubblica, ecc. ecc. In tutti questi ed altri casi simili, i quali versano sopra oggetti amministrativi, i tribunali non possono essere giudici, nè delle forme, nè del carattere, nè dell' autorità, nè del senso, nè degli effetti degli atti fatti dall' amministrazione, nè quindi potrebbero annullarli, modificarli, o interpetrarli, o sospenderne la esecuzione direttamente o indirettamente, perchè giudicherebbero della efficacia e della forza intrinseca di essi.

647. È perciò che la nostra legge del 21 marzo 1817, volendo stabilire delle categorie scientifiche di tutte le quistioni intrinseche che possono cadere su gli atti amministrativi, le ha rannodate e comprese sotto tre idee speciali, vale a dire, validità, legalità,

ed interpetrazione degli atti. Ogni qual volta una contesa versa sopra di questi tre punti, esce dalla competenza ordinaria e debbe diffinirsi esclusivamente dal giudice amministrativo. Ma per uscire da questo campo alquanto vago, è necessario vedere quale idea speciale sia dalla legge sottintesa in ciascuna di questi tre voci.

## §. CCLXVII.

### *Che cosa debba intendersi per quistioni di legalità dell' atto amministrativo.*

648. L' idea di *legalità* di un atto non ad altro si riferisce, che alle forme estrinseche prescritte dalla legge per la sua celebrazione. Ogni qual volta adunque s' impugna un atto o un contratto qualunque, e se ne chiede la nullità o l' annullamento per mancanza di forme, vi sarà una quistione di legalità ; e però, ove l'atto o il contratto sia stato stipulato dall' amministrazione, il giudice della nullità non può essere altro che l' amministrativo.

649. Sul proposito chiarisce il principio un Rescritto del 2 agosto 1817 tra la Direzione dei demanî di Principato ultra e Vincenzo Costantini, col quale venne nitidamente sceverata la quistione di legalità per mancanza di solenni, da quella di rescissione per lesione. — Eccone la specie. L' amministrazione dei demanî, dopo gli avvisi e gli affissi, procedette nel febbraio del 1815 all' accensione delle candele per l' affitto di taluni beni, in presenza del giudice di pace, del Sindaco, di un decurione, del ricevitore e del cancelliere comunale : quindi fu disteso il contratto di locazione per quattro anni col signor Vincenzo Costantini, convenendosi l' estaglio in Duc. 350. Ma nel 21 ottobre dello stesso anno, un tal Vincenzo de Conno produsse nuova offerta con aumento di Duc. 20 sul detto estaglio ; per il che l'amministrazione fece nuovi affissi per procedersi alle subaste sulla nuova offerta. Allora Costantini citò l' Intendente innanzi al tribunale di pri-

ma istanza, perchè fosse mantenuto fermo il suo contratto, e dichiarato nullo il nuovo procedimento sulla offerta del Conno. Il direttore dei demani per l'opposto diceva nullo l'affitto del Costantini, sì per mancanza di pubblicazione di affissi e manifesti, sì per falsa firma del garante del conduttore, e sì ancora per lesione, dappoichè per effetto delle nuove subaste l'estaglio era cresciuto ad annui ducati 500. Dichiaratosi competente il tribunale civile, l'intendente elevava conflitto; ed il Supremo Consiglio di cancelleria, interrogato sull'oggetto, osservava: « Che sebbene la contesa di competenza tra il » tribunale civile ed il Consiglio d'Intendenza di Principato ulterio» re, nella causa fra Vincenzo Costantini e l'Intendente, circa l'affit» to fatto dal demanio a Costantini dei beni appartenenti al sop» presso monastero di S, Marco dei Cavoti in S. Giorgio la Mola» ra, siasi promossa ai termini del decreto del 13 decembre 1808 » e della intelligenza datavi con gli avvisi dell'abolito consiglio di » Stato; nulladimeno, essendo quelle attribuzioni, provvisoriamente » in vigore, cessate colla pubblicazione della legge del 21 marzo » 1817, la quale fissa i limiti della giurisdizione fra il potere ammi» nistrativo ed il potere giudiziario, deve secondo il numero 3° del» l'art. 5 di detta legge la presente controversia definirsi, col qua» le tutte le azioni delle pubbliche amministrazioni, di qualunque » natura, sono attribuite al potere giudiziario, eccetto ove cada qui» stione della legittimità, della validità o della interpetrazione di » un atto dell'amministrazione pubblica; — Che nella specie pre» sente trattasi di esser l'affitto, fatto dal demanio, attaccato di » nullità per causa della illegittimità dell'atto, per non essersi quivi » affissi e pubblicati i manifesti, oltre alla inesistenza della garen» tia richiesta per condizione dell'affitto, per essersi rinvenuta fal» sa la firma del garante; ed a oltre a ciò, viene il contratto im» pugnato per causa di lesione;—Che riguardo alla nullità per causa » dell'illegittimità dell'atto, è evidente, secondo la mentovata legge, » spettarne la cognizione al consiglio d'intendenza: non così per » l'azione dipendente dalla lesione. La legge ha distinta legittimità

» e validità dell' atto, intendendo per la prima il modo come il con-
» tratto deve celebrarsi, e per la seconda le condizioni essenziali
» per la validità delle convenzioni, che trovansi espresse nell' art.
» 1108 del Codice civile provvisoriamente in vigore, senza le quali
» l' atto diviene nullo. La lesione però non rende invalidi i contratti
» e non ne produce la nullità, ma la semplice rescissione, special-
» mente per parte dei minori colla restituzione in intero, giusta le
» disposizioni contenute negli art. 1305, 1306 e 1314 del detto co-
» dice; e l' effetto della lesione è la scelta del convenuto, o di ri-
» nunziare all' atto o al contratto, ovvero di supplire il giusto valo-
» re della cosa a tenore degli art. 891 e 1681 dello stesso codice;
» il che vieppiù esclude la nullità del contratto, poichè quel che
» da principio è nullo non ha bisogno di rescissione, nè una delle
» parti senza il consenso dell' altra potrebbe farlo sussistere. Quindi
» è di avviso, che ai termini del mentovato n.° 3.° dello art. 5
» della legge del 21 marzo 1817, il consiglio d' intendenza debba
» procedere sulla quistione della illegittimità dell' affitto. Rapporto
» poi allo sperimento del giudizio di lesione debba adirsi il tribu-
» nale civile. — Approvato con R. Rescritto del 2 agosto 1817 ».

## §. CCLXVIII.

### *Che cosa debba intendersi per validità: sua differenza dalla legalità.*

650. Adunque il cennato rescritto determina con molta chiarezza, che una quistione sulla nullità per mancanza di forme estrinseche, importi quistione di legalità, e vada quindi sottoposta al giudice amministrativo; e distingue in pari tempo il divario che corre tra una quistione di legalità, ed un'altra di validità. Queste due voci, sebbene a primo aspetto potrebbero credersi adoperate in un solo e medesimo senso, non debbono però confondersi, perciocchè se la legalità si riferisce unicamente alle forme estrinseche, la va-

lidità all' opposto riguarda essenzialmente i costituenti intrinseci dell' atto, quando cioè, standovi tutta l' apparenza di un atto o un contratto legale nella sua forma, se ne impugna la validità e se ne chiede l' annullamento per un vizio occulto e non apparente, ossia per mancanza di uno di quei costituenti intrinseci, che a norma dell' art. 1062 ll. cc., sono indispensabili per render valide ed efficaci le convenzioni.

651. In conseguenza, se s' impugnasse un contratto per la incapacità del contraente, se venisse attaccato per mancanza di facoltà o di poteri dell' amministrazione, o per falsità della causa che lo ha provocato; in questi ed altri simili casi, l' azione, versando sopra uno dei costituenti o delle condizioni intrinseche, richieste per la legale esistenza della convenzione, riguarda appunto perciò la sua validità, e non la legalità propriamente detta. Ma anche in tal caso, niun altro potrebb' essere giudice di questa azione, se non il solo magistrato amministrativo.

## §. CCLXIX.

### *L' interpetrazione risguarda le quistioni circa il senso ed il contenuto dell' atto. Distinzione sanzionata da un rescritto del 1825.*

652. Men dubbiosa è poi la determinazione precisa della idea d' interpetrazione; perciocchè è chiarissimo, che vi sarà contesa d'interpetrazione ogni qual volta nasca quistione sul senso e sul contenuto dell' atto: nel qual caso la competenza sarà amministrativa.— Se non che, questa regola non debbe intendersi in un modo assoluto; ma giova fare una distinzione, la quale ne chiarisce e circoscrive la estensione ed i veri confini. Quante volte si contenda quale sia la vera e genuina significazione delle parole dell' atto o della volontà dei contraenti, vale a dire, quando il dubbio d' interpetrazione sia di puro fatto; ed allora la competenza è della giu-

stizia amministrativa Quando poi il dubbio cade circa la misura degli effetti legali dell' atto o del contratto, e si debbano all' uopo invocare le regole del dritto per farne l' applicazione ad un caso che l' atto o il contratto non abbia espressamente contemplato, allora la competenza è del giudice ordinario. In altri termini, quando si conviene del senso letterale dell' atto o della convenzione, o si quistiona unicamente degli effetti e della efficacia giuridica che l'atto dee produrre; ed allora, trattandosi essenzialmente di applicazione della legge, sarà competente il giudice comune in tal controversia. Che se poi si disputa del senso letterale che debbono avere le parole dell'atto, allora, trattandosi di spiegare la volontà, la competenza sarà del giudice di eccezione, perchè allora in realtà sarà il caso della interpetrazione.

653. Questo principio generale, che sarà con maggior precisione sviluppato nel capo seguente, trova la sua sanzione in un R. Rescritto del dì 8 gennaio 1823, così concepito: — « Sua Mae» stà, volendo fissare la intelligenza del n. 3.° dell'art. 5.° della » legge del 21 marzo 1817 sul contenzioso amministrativo, udito » il parere del consiglio ordinario di Stato, in data dei 23 dello » scorso mese in Venezia si è degnata dichiarare, che nelle con» troversie su i contratti passati con l' amministrazione pubblica sie» no competenti a procedere i giudici del contenzioso amministra» tivo, se si quistioni della intelligenza o esecuzione della volontà » dei contraenti; e sieno poi competenti i tribunali ordinarî, quan» te volte nelle controversie anzidette si quistioni della intelligenza » della legge, o dell' applicazione di essa ad un caso non regolato » dalla espressa volontà dei contraenti. » — Nel Real Nome ec.— È chiarissimo adunque in forza della dilucidazione data da questo Sovrano rescritto, che quante volte si tratti dell' applicazione del dritto comune ad un fatto estrinseco all'atto o al contratto, non potrebbe mai sostenersi esservi quistione d' interpetrazione; ed è perciò che allora la sola autorità competente è la giudiziaria.

## §. CCLXX.

*Ben si comprende che la competenza per ragione dell' atto amministrativo, non può aver luogo in caso di contratto verbale.*

654. Or se i tre capi pei quali è provocata la competenza amministrativa sono la legalità, la validità o la interpetrazione dell'atto che parte dall' amministrazione, è evidente che la esistenza di un atto è una condizione indispensabile per darsi luogo alla competenza amministrativa: ove manchi un tale atto, non ci ha quistione possibile circa la validità, la legalità o la interpetrazione. In conseguenza, se la controversia nasca per una convenzione che non sia stata stipulata in forma scritturale, inopportunamente si eccepirebbe la incompetenza del giudice ordinario, sul pretesto di doversi giudicare della validità o legalità del contratto verbale conchiuso con l'amministrazione, o di doversi interpetrare la vera volontà dei contraenti. La eccezione d' incompetenza in questi tre casi milita pel solo favore degli atti amministrativi: questi mancando, manca del pari la ragione giustificante il privilegio del foro eccezionale, e però l' azione rimane di sua natura essenzialmente civile, giudicabile dal magistrato ordinario. Senza dubbio, anche nella mancanza dell' atto, potrebbe il giudizio andar sottoposto per la sua indole alla giurisdizione amministrativa, quando, a modo d'esempio, si trattasse di uno di quei giudizî di cui ho fatto parola nei titoli precedenti: ma allora sarà l' indole specifica della cosa contesa e non il favore dell' atto, che provocherà il privilegio del foro; in guisa che, se la controversia, esaminata nella sua intrinseca natura, non si possa qualificare in sè stessa come amministrativa, neppure potrebbe divenir tale allorquando, non esistendo un atto o un contratto scritto, si tratti di una pura convenzione verbale.

655. Questa massima ha già ricevuta la sua sanzione in una

specie che diede luogo ad un conflitto, risoluto appunto in questo senso da un Sovrano Rescritto del 19 luglio 1817. Il Comune di Ofena nel Secondo Abruzzo ulteriore, possessore di una montagna denominata Campo, promiscua coi comuni di Villa S. Lucia e Casteldelmonte, sulla offerta di Nicola Madonna pel fitto degli erbaggi estivi per la somma di ducati 1500, procedè all' affissione dei manifesti per le subaste da farsi nella intendenza agli 8 e 13 maggio del 1816. Ma per l' ingresso delle armi austriache tali subaste rimasero sospese. In tale stato di cose i naturali di Casteldelmonte immisero i loro animali nel pascolo della montagna; ed avendone il Madonna reclamato, l'intendente stimò chiamare ad un accomodamento quei naturali per mezzo del loro Sindaco Signor Giuliani. Intervenne una convenzione verbale, con cui Madonna cedette il suo dritto, ed ebbe da quei naturali ducati 340 in compenso della cessione e delle spese. Il Sindaco di Ofena dopo ciò spedì coazione pel pagamento dello estaglio al Signor Giuliani, il quale reclamò innanzi al tribunal civile, chiamando in garenzia il Madonna. Nel tempo stesso il Consiglio d' intendenza con sua deliberazione ordinò, che i cassieri di Ofena e Casteldelmonte si fossero serviti dei loro dritti nel riscuotere le rispettive rate di estaglio da Giuliani, salvo a costui il suo regresso verso quei naturali che aveano consumati gli erbaggi, e salva ancora la sua azione innanzi al giudice civile contro il Madonna per la restituzione dei ducati 340. — Il tribunale civile si dichiarò competente sulla istanza di Giuliani: onde l'intendente elevava conflitto, specialmente perchè costui erasi presentato anche innanzi al consiglio d' intendenza.

656. Su tal conflitto il Supremo consiglio di Cancelleria osservò — « Che i cassieri di Ofena e Casteldelmonte non si sono di» retti contro il Signor Nicola Madonna per cagione dell' offerta di » affitto, dall' intendente accettata, onde potesse cadere quistione » della validità, legittimità o interpetrazione di cotesto atto del» l' amministrazione pubblica; ma sibbene contro il Signor Berar» dino Giuliani, con cui niun atto dell' amministrazione pubblica è

» interceduto, non potendosi aver per tale una convenzione verba-
» le fatta avanti l' intendente in qualità di conciliatore, mercè la
» quale il Madonna cedè i suoi dritti al Giuliani con una indenni-
» tà ed un premio; essendo questo un atto di due privati, nè aven-
» do l' Intendente con verun atto amministrativo disonerato il Ma-
» donna, e costituito in suo luogo il Giuliani. Onde i due comuni
» altr' azione non possono contro al medesimo sperimentare, che o
» quella della rifazione di danni per lo pascolo dell'erba senza ve-
» run titolo, o l' azione competente al loro debitore Madonna per
» effetto del di costui contratto verbale, ai termini dell' art. 1166
» del codice civile provvisoriamente in vigore; in ambo i quali casi
» si ricade nella regola generale di esame e di giudizio di un'azio-
» ne civile, in cui non concorre veruna delle eccezioni contenute
» nel n. 3.° dell' art. 5 della legge del 21 marzo 1817; nulla ostan-
» do che il Giuliani, dopo promosso il giudizio innanzi al tribunale
» civile dolendosi della coazione, sia intervenuto nel consiglio d'in-
» tendenza senza opporre la incompetenza; poichè trattandosi d' in-
» competenza per ragion di materia, non può nè col silenzio, nè
» anche con l'espresso consenso, prorogarsi una giurisdizione, di cui
» il giudice non è dalla legge rivestito. — È perciò di avviso, che
» nella causa fra i cassieri di Ofena e Casteldelmonte, ed il Signor
» Berardino Giuliani, ai termini come il giudizio è contestato, deb-
» ba procedere il tribunale civile della Seconda Provincia di Abruz-
» zo ulteriore. — Approvato con reale rescritto del 19 luglio 1817 ».

## §. CCLXXI.

*Ma la competenza in ordine agli atti amministrativi non può risguardare che le sole azioni civili personali, non mai quelle di proprietà.*

657. Ma quando vi esista un atto amministrativo, le quistioni di legalità, di validità o d' interpetrazione sono attribuite al giudi-

ce amministrativo nel solo caso in cui si tratti di *azioni civili*: è questa la disposizione testuale del n.° 3.° dell'art. 5 della legge del 1817. Or quì è evidente, che le espressioni di *azioni civili*, sono usate dalla legge di un significato di opposizione alle azioni di proprietà o di libertà di beni, di cui si fa parola nell'antecedente n.° 1.° dello stesso articolo: senza questa opposizione manifesta, la disposizione sarebbe non solamente oziosa, ma anche contradittoria. Ritenuta dunque questa contrapposizione che fa la legge, le azioni civili, nella loro generalità, van ristrette alle sole azioni personali, a quelle cioè che in dritto appellansi *condictiones*, e non mai alle azioni reali. In conseguenza, nei casi in cui l'azione tendente a rivindicare un immobile o ad asserirne la libertà, poggi sulla interpetrazione, o sulla validità, o sulla legalità di un atto amministrativo, non sarà per questo declinata la competenza esclusiva del giudice ordinario sull' azione reale: ma l'opposto avviene allorquando la quistione intorno all'atto non riguardi che un' azione meramente civile o personale.

658. Questo limite generale della competenza in fatto di atti amministrativi, è stato riconosciuto ed applicato dalla giurisprudenza, specialmente con due rescritti, l'uno del 23 novembre 1825 tra il duca di Monteleone ed il Comune di Terranova, l' altro del 12 settembre 1828 tra D. Antonio Losa ed il comune di Sorrento. Col primo si dichiarò, che l'eccezione di non poter le autorità giudiziarie conoscere della legalità, validità o interpetrazione degli atti, era applicabile soltanto alle azioni civili, non mai alle azioni per revindica di una proprietà; che per attribuirsi al potere giudiziario le azioni tendenti a rivindicare la proprietà di un immobile, basta guardare il fine cui esse mirano, poco importando la qualità del mezzo che nella domanda si adopera: e perchè intentavasi dal comune di Terranova un' azione tendente a revindicare la proprietà di varî immobili di sua pertinenza, e la clausola enunciata nella legge del 1817 non può estendersi all' azione della indicata natura, qualunque sia il mezzo adoperato nella domanda; per tali conside-

razioni fu proclamata la competenza ordinaria, non ostante che si trattasse di valutare atti amministrativi. — Col secondo poi fu applicato il principio medesimo, siccome può vedersi dalle sue testuali parole da me riportate nel precedente § CLXXV.

## §. CCLXXII.

*Quando si dubita della legalità, validità o interpetrazione di un atto amministrativo che può influire sulla contesa di proprietà, la quistione pregiudiziale sull' atto è di competenza amministrativa.*

659. Ma se non può esservi dubbio che l' atto amministrativo prodotto in un' azione reale non possa aver virtù di far declinare la competenza ordinaria, non per questo ne verrà la conseguenza che lo stesso giudice civile sia quello che possa valutarlo o interpetrarlo, allorquando una tale valutazione o interpetrazione può influire in un modo qualunque sulla quistione di proprietà. In tal caso, ferma rimanendo la giurisdizione del magistrato civile sull' azione reale, la valutazione dell' atto diventerà una quistione pregiudiziale, giudicabile dal giudice amministrativo. Il tribunale allora è nel dovere di sospendere ogni procedimento, e d' inviare le parti per la soluzione di tali dubbi all' autorità incaricata del contenzioso amministrativo, ed attendere le dichiarazioni di questa autorità per menare a compimento il giudizio.

660. Anche sul proposito è degno di essere riportato un Rescritto del 14 febbraio 1824, emesso ad occasione di un giudizio di sua natura immobiliare, nel quale rendevasi necessaria la valutazione di un' Ordinanza del Commissario ripartitore. — Ecco come esso si espresse: « Ho proposto a S. M. il parere rassegnato dalla » commissione incaricata dell' esame delle quistioni di competenza » tra i corpi giudiziarî ed i corpi amministrativi, intorno alla » competenza di giurisdizione surta tra il tribunale civile di S.

» Maria ed il consiglio d' intendenza in Caserta, nella contro-
» versia agitata in principio tra il duca di Laurenzana e D. Giu-
» seppe del Giudice presso il R. giudicato del circondario di Pie-
» dimonte, per lo dritto di pascere nella contrada denominata Mon-
» serone nel monte Matese, ed introdotta poi dallo stesso Duca con-
» tro dei comuni di S. Giorgio, Piedimonte, Castello, e S. Potito,
» presso del consiglio d' intendenza, per la dichiarazione della spet-
» tanza della contrada in quistione, in virtù dell' Ordinanza del com-
» messario ripartitore. La M. S., udito il consiglio di Stato ordi-
» nario, ha risoluto che nel giudizio tra il duca di Laurenzana e
» D. Giuseppe del Giudice sia competente a procedere l'autorità giu-
» diziaria, giusta il parere della commissione suddetta; e che il Con-
» siglio d' intendenza in Caserta sia competente a dichiarare, se le
» terre in quistione sieno state comprese nell' ordinanza di divisio-
» ne emessa dal commissario ripartitore, ed a chi furono con la
» medesima assegnate. — Nel real nome, ecc. »

661. Ecco adunque stabilito il principio generale della competenza in ordine agli atti amministrativi, ed eccone in pari tempo segnati i limiti generali. La sua applicazione nel senso di questi limiti è stata operata da una serie importante di rescritti, i quali in moltiplici casi han serbato costante ed invulnerato il principio medesimo. E di ciò appunto si troverà la esposizione nel seguente Capo.

## CAPO SECONDO

### SVILUPPO ED APPLICAZIONE DEI PRINCIPJ A VARJ CASI DI GIURISPRUDENZA.

### SEZIONE 1.ª

Casi d'interpetrazione e risoluzioni conformi.

§. *CCLXXIII. — L' esecuzione pura di un atto o di un contratto amministrativo non è quistione d' interpetrazione.*

§. *CCLXXIV. — Rientra nella esecuzione, non già nella interpetrazione, l' esaminare se sieno state adempiute le condizioni di un atto amministrativo.*

§. *CCLXXV. — Non muta l' indole di quistione di esecuzione il dubbio mosso da una parte, se il senso dell' atto è chiaro.*

§. *CCLXXVI. — Non è così quando si tratti di vedere quali sieno i veri patti del contratto.*

§. *CCLXXVII. — Quid intorno all'azione civile di escomputo, quando vi è su di ciò un patto espresso nel contratto?*

§. *CCLXXVIII. — Allorquando poi non ci ha verun patto sull' escomputo, l' azione è puramente civile e di competenza ordinaria. Rescritti.*

§. *CCLXXIX. — È anche ordinaria la competenza nel caso di azioni nascenti dalla tacita riconduzione.*

§. *CCLXXX. — Non vi è competenza amministrativa quando l' atto, della cui interpetrazione si disputa, non abbia i caratteri di atto amministrativo, ancorchè la pubblica amministrazione sia in giudizio.*

§. *CCLXXXI. — Neanche è amministrativo il giudizio quando l' atto, ancorchè amministrativo, non possa avere, con la sua interpetrazione, veruna influenza sulla contesa per sè stessa civile.*

## §. CCLXXIII.

*L' esecuzione pura di un atto o di un contratto amministrativo non è quistione d' interpetrazione.*

662. Una prima norma sicura per determinare quando ci ha quistione d' interpetrazione dell' atto amministrativo, è quella di distinguere la pura esecuzione dell' atto dalla discussione sul suo contenuto e sul suo significato. Quando non d' altro si tratti che di eseguirlo, senza che una tale esecuzione dipenda dal diverso modo con cui l' atto s' interpetra, allora le varie quistioni che possono nascerne, non lasciano di esser giudicabili dal magistrato ordinario; perciocchè, la sua incompetenza non comincia se non quando sia mestieri addentrarsi in una interpetrazione di volontà, e non mai quando vogliasi porre ad esecuzione per le vie giuridiche una volontà di per sè chiara e manifesta. Allora il giudice civile, lungi dell'esercitare un controllo o un' ingerenza nelle funzioni del potere amministrativo, non fa che prestare, mediante un atto della sua giurisdizione, quella mutua cooperazione di che ciascuna gerarchia è tenuta verso l' altra, per armonizzare tra loro le funzioni governative dello Stato.

663. Questo principio circa la distinzione necessaria tra la esecuzione e la interpetrazione, di già era stato riconosciuto anche prima della nostra legge del 1817, siccome vien chiaro da un parere del Consiglio di Stato del 16 agosto 1814, dato fuori per la causa tra Vincenzo Brunelli e l' amministrazione del demanio in Aquila, relativamente al pagamento di pigione di un fondo. Il tribunale civile erasi dichiarato competente sull' azione intentata dall' amministrazione pel pagamento di arretrati di pigione, per l'affitto di una spezieria di proprietà del demanio. Ben si vede che in questa specie il contratto di locazione era il titolo che si voleva eseguire, e che nel chiedere il pagamento dell' estaglio arretrato non nasceva ve-

run dubbio d' interpetrazione. Avendo però l' intendente elevato il conflitto, quel Consiglio — « Considerando che il decreto del 13 de- » cembre 1808, nel disporre che appartenga al potere amministra- » tivo il contenzioso degli affitti e delle rendite dei demani, non » intese parlare che delle controversie nascenti dalla *intelligenza* del » contratto, e non già di quelle, com' è l' attuale, derivanti dalla » semplice *esecuzione* del contratto medesimo; — Considerando che » una tal distinzione proposta in casi simili, si trova sovranamen- » te approvata. — È di avviso dichiararsi di competenza dell'auto- » rità giudiziaria della provincia di Aquila la causa suddetta. »

664. E la medesima distinzione è stata poi confermata da un rescritto posteriore alla legge e che quì trascrivo. Un tal Domenico de Luca prese in fitto dalla reale amministrazione delle scuole militari tre botteghe nel recinto del Castello Nuovo ad uso di commestibili. L'amministrazione, per un arretrato di pigione, fece procedere al sequestro e vendita dei commestibili in dette botteghe esistenti, come anche al sequestro di tutti gli utensili rinvenuti nelle medesime. De Luca domandò al giudice regio la restituzione di ducati 200 che disse ritratti dalla vendita dei commestibili, e quella del prezzo degli altri oggetti pegnorati; chiese ancora i danni, spese ed interessi, e la ripristinazione nell' uso delle botteghe. Il giudice, in contumacia dell'amministrazione, la condannò al pagamento dei ducati 200 ritratti dalla vendita dei commestibili: rispetto poi agli altri oggetti, commise una perizia nel fine di conoscersene il valore. L' amministrazione allora produsse appello da questa sentenza, ed oppose ancora l' incompetenza del potere giudiziario. Sulla dichiarazione della propria competenza fatta dal tribunal civile, venne elevato conflitto dall' intendente, sul quale il Supremo Consiglio di cancelleria osservò — « Che l' azione per restituzione di mobili » e del loro prezzo malamente alienati per causa di pigione dovu- » ta da D. Domenico de Luca all' amministrazione delle scuole mi- » litari, non può non appartenere al potere giudiziario per l'art. 5 » num. 3.° della legge del 21 marzo 1817; non trattandosi nè del-

» la validità, nè della interpetrazione del titolo di affitto, il quale » è atto amministrativo; giacchè non esiste veruna controversia del » debito, e della restituzione degli utensili invenduti, la quale co- » gnizione è del potere giudiziario, non meno per regola, com' è » detto nel citato art. 5, che per appartenere al medesimo potere » giudiziario la cognizione degli atti e degl' incidenti per la ven- » dita dei beni mobili, e per l' espropriazione in forza di titoli am- » ministrativi, giusta l' articolo 27 della citata legge. È quindi di » avviso di esser competente il potere giudiziario, e dovere perciò » il tribunale civile procedere. — Approvato con Real Rescritto del » 26 decembre 1817 ».

665. Ecco dunque fermata in modo non equivoco la importante distinzione tra la semplice esecuzione dell' atto amministrativo che si presenta unicamente come titolo per eseguire, e quella esecuzione che dipende dalla valutazione intrinseca del significato del titolo stesso. Nel primo caso, trattandosi di una esecuzione pura, il giudizio è di competenza ordinaria: non così nel secondo, perchè allora evvi una quistione d' interpetrazione a diffinire.

## §. CCLXXIV.

*Rientra nella esecuzione, non già nella interpetrazione l' esaminare se sieno state adempiute le condizioni di un atto amministrativo.*

666. Dal principio enunciato discende come conseguenza, che rientrerà sempre nella esecuzione, e non costituirà un giudizio d'interpetrazione quello che tende a vedere, se sieno state o pur no adempiute le condizioni che sieno imposte da un atto o da un contratto amministrativo; perciocchè in tal caso, non movendosi quistione circa il senso dell'atto, s' indaga unicamente se la esecuzione sia uniforme al titolo di per sè chiaro e non equivoco. Ogni azione adunque che tende ad obbligare alcuno a conformarsi alle condizioni fissate da quell' atto, rimanendo nel campo della pura esecuzione, rien-

tra nei poteri dell'autorità giudiziaria, ed invano direbbesi che ciò significa interpetrare l'atto amministrativo.

667. Una decisione della corte di Bourges del 7 maggio 1831 (1) tra Herrison e Tartrat contro Louzon fu pronunziata precisamente in questo senso. Un'ordinanza dell'autorità amministrativa autorizzò la costruzione di un mulino sul ruscello di Andrès nel comune di Surgis, e fissò le condizioni necessarie perchè un tale opificio non avesse potuto nuocere alle proprietà confinanti. Nel 1829 Herrison e Tartrat proprietari di due pezzi di terra lavoratoria, costeggianti il ruscello per un lato, fecero stendere processo verbale per assodare che Louzon, proprietario del mulino, riteneva le acque ad una altezza superiore a quella fissata dalla precedente ordinanza del 1824, e che questa maggiore elevazione avea prodotti guasti nei loro campi, distrutta la raccolta e sdradicati alberi. Quindi citarono Louzon innanzi al tribunal civile, 1.° per pagamento di 3000 franchi di danni; 2.° pel ristabilimento delle cateratte del mulino all' altezza prescritta dalla ordinanza. Il tribunale si dichiarò incompetente, e rinviò pel primo capo al giudice di pace; pel secondo sospese di pronunziare durante due mesi, affinchè la parte più diligente si fosse provveduta innanzi l'autorità amministrativa, acciò si fosse da questa deciso, se in contravvenzione all' ordinanza Louzon avesse o pur no elevate le opere al di là del punto stabilito; riserbandosi dopo ciò di pronunziare su i danni. Appello per parte degli attori; ed ecco come ben pronunziava quella corte: — » Considerando che » si tratta di decidere se è stato ben giudicato dalla sentenza di » cui è appello, 1. nella dispositiva con cui il tribunale si è di- » chiarato incompetente, ed ha rinviato innanzi al giudice di pace » per pronunziare su i danni cagionati ai fondi degli appellanti per » la troppo grande elevazione delle acque del mulino appartenente » a Louzon; 2. per quanto ha rinviato all' autorità amministrati- » va per riconoscere se, mediante lavori posteriori alla costruzione

(1) Journ. du Pal. anno 1831.

» del mulino appartenente all' intimato, questi abbia contravvenuto » agli obblighi che gli erano imposti dall' ordinanza di concessione, » in modo da elevare le acque del suo mulino al di sopra del li- » vello fissato, giudicando in tal guisa necessario l' intervento del- » l' amministrazione per potersi pronunziare sull' abbassamento delle » opere cagionanti l' elevazione delle opere; — Considerando sulla » prima . . . . . ; Considerando sulla seconda quistione, che l'indi- » pendenza del potere amministrativo non permette senza dubbio che » i tribunali possano riformare i suoi atti, nè meno interpetrarli, » quando questa interpetrazione può divenir necessaria; ma che nul- » la di simile non è dimandato nella causa; che le parti convengo- » no, che le condizioni sotto le quali la costruzione del mulino è » stata autorizzata, sono state fissate dalla ordinanza di concessio- » ne; che gli appellanti non si dolgono di quelle condizioni, e che » l' azione, a norma delle loro conclusioni, tende ad obbligare il » proprietario del mulino ad uniformarvisi; che non trattandosi più » tra le parti che del loro interesse privato, il rinvio all' autorità » amministrativa, per nulla giustificato, è una infrazione alle regole » della competenza, ecc. ecc. »

## §. CCLXXV.

*Non muta l' indole di quistione di esecuzione il dubbio mosso da una parte, se il senso dell' atto è chiaro.*

668. Sempre col medesimo principio alla mano possiamo fare un altro passo, e porre una seconda conseguenza non meno importante, vale a dire, che a nulla menerebbe se una delle parti in causa promovesse una quistione d' interpetrazione dell' atto, quando d'altra parte il suo significato fosse talmente chiaro da non permettere verun dubbio. La declinatoria non può dipendere solamente dalla eccezione della parte, mossa per sue peculiari vedute, e per godere nel suo interesse del privilegio di foro; ma dalla natura intrinseca della quistione da decidere. Allorchè dunque il senso dell' atto da

cui nasce la contesa, è di per sè manifesto, nè può esser diverso da quello che suona la sua grammaticale locuzione; allorchè nell'attribuirgli una tutt' altra significazione, si verrebbe a distruggere il valore e l' accezione ordinaria delle parole, secondo l'uso comunale e riconosciuto; indarno le parti allora si sforzerebbero di far nascere una quistione d' interpetrazione, ed indarno si farebbero scudo, su tal motivo, della eccezione d' incompetenza; perocchè poco importa che il senso dell' atto sembri dubbioso ad esse, quando tale non è pel giudice. Nè potrebbe dirsi che in tal caso il magistrato, dovendo necessariamente procedere alla valutazione del senso dell'atto, per distruggere il significato attribuitogli dalla parte, procede per ciò stesso ad una quistione d' interpetrazione che lo debba rendere incompetente. Un tal ragionamento inchiuderebbe un pericolo ed un sofisma; sì perchè sarebbe sempre in balìa della parte togliere a questo modo il giudizio dalla sua sede naturale, quando ciò convenisse al suo interesse; e sì ancora perchè il giudice, nel restituire all' atto la sua genuina e spontanea significazione, non è già che ne valuta il senso probabile, nè sceglie tra due diverse interpetrazioni, appigliandosi all' una piuttosto che all'altra, ma determina invece e diffinisce quale sia la sola significazione possibile, nell' unico scopo di rigettare l' eccezione della parte; e con ciò appunto assoda che non vi sia veruna quistione d' interpetrazione, ma di pura esecuzione dell' atto come giace, e come suona. Senza dubbio, di tutto può la ragione umana muover quistione, specialmente in ordine al valore intimo delle voci e del loro uso; ma ci ha un punto dove ogni quistione trasmoda il puro campo razionale, ed entra in quello delle cavillazioni: ora, la cavillazione sul senso spontaneo e riconosciuto delle parole non può essere un mezzo giuridico per eludere la competenza, sotto il pretesto di necessità d'interpetrazione.

669. In questo senso precisamente può riscontrarsi una decisione della corte di cassazione francese del 26 febbraio 1834, *Brossia* (1).

(1) V. Journ. du Pal.

## §. CCLXXVI.

*Non è così quando si tratti di vedere quali sieno i veri patti del contratto.*

670. Ma sarebbe ben diverso se nascesse un dubbio evidente sul senso del patto che dà luogo alla controversia. Tratterebbesi allora di vedere quali sieno i diritti e gli obblighi derivanti dalla volontà dei contraenti; e vi sarebbe perciò una quistione pura d' interpetrazione, ossia di fatto, che si sottrae al giudice ordinario.

671. Un' applicazione di questo principio si ha in un parere del Supremo Consiglio di cancelleria del dì 8 gennaio 1813, col quale, in un conflitto tra il Regio Demanio e la Marchesa di Tagliavia, fu fermata la distinzione tra le quistioni che cadono sulle *conseguenze legali* di un patto convenuto, e quelle che cadono sul *patto stesso*, vale a dire sulla sua significazione. « Considerando » ( diceva quel Supremo Collegio ) che un' autorità amministrativa, qual' è il Regio Demanio, è quella che ha proceduto al contratto, causa della presente controversia tra le parti enunciate; — » Considerando che fra esse non si disputa quali sieno le conseguenze legali dei patti convenuti, ma quali i patti stessi del contratto indicato; — Considerando che nel primo caso le autorità giudiziarie, interpetri e depositarie del dritto, sono le sole che possano conoscere adequatamente delle quistioni ad esso relative; e che nel secondo, la potestà amministrativa può meglio di ogni altra fissare l' indole e la natura dei patti controversi, e non mischiarsi in un contratto in cui ha proceduto un' autorità della medesima specie; — Considerando che molte corti del regno, in materia di competenza tra il potere amministrativo ed il giudiziario, hanno seguìto una tal distinzione, e che la Corte Suprema con la norma degli stessi principi ha deciso in causa Maio, e Reali Demani; — E d' avviso, alla sola autorità amministrativa

» competere il giudizio della causa mentovata ; annullarsi perciò la
» decisione della corte d'appello di Napoli del 28 novembre 1810 ;
» ed essere perciò le parti rimesse al Consiglio d'Intendenza di Ca-
» pitanata per la cognizione della loro controversia ».

## §. CCLXXVII.

### Quid *intorno all' azione civile di escomputo , allorquando vi è su di ciò un patto espresso nel contratto?*

672. Non vi ha dubbio che quante volte vi sia nel contratto un patto espresso, il quale specifichi i casi che danno dritto all'escomputo, la controversia sarebbe di competenza amministrativa, ove cadesse sulla estensione del patto ; perciocchè allora tratterebbesi di una quistione di fatto e di volontà , e quindi d' interpetrazione. Più dubbiosa però si presenta la questione quante volte , essendovi nel contratto un patto contenente la rinunzia all' escomputo pei casi fortuiti, nasca controversia se tal rinunzia debba essere operativa per ogni specie di casi fortuiti, anche straordinarî: potrebbe dirsi allora, in sostegno della competenza amministrativa , che trattandosi di vedere a quali casi debb'essere applicabile la rinunzia, si entra per ciò stesso in una quistione d'interpetrazione di volontà ; e per l'opposto, in sostegno della competenza giudiziaria, potrebbe osservarsi , che tratterebbesi in tal caso di esaminare non una quistione di fatto e d' intenzione, ma di puro dritto, perchè dovrebbesi diffinire se la rinunzia generica ai casi fortuiti, di cui non cade dubbio, inchiuda legalmente in sè la rinunzia specifica ai casi fortuiti anche straordinarî.

673. Ad ogni modo , una tale quistione è stata risoluta a pro della competenza amministrativa nella specie seguente , con un rescritto del dì 8 gennaio 1823. — Pendeva lite negli antichi tribunali tra D. Luigi Murolo affittatore delle tonnaie d' Ischia , e quel comune, intorno ai danni che il primo diceva aver sofferti a cagione della guerra marittima. Con determinazione ministeriale del 20

marzo 1811 fu il Murolo assoluto dal pagamento di duc. 9802. 92 che gli aboliti tribunali aveangli provvisoriamente permesso di ritenere sull' estaglio, per causa dei danni allegati. Ma con posteriore rescritto del 13 luglio 1816 quella prima determinazione fu annullata come illegale, non essendo stati intesi i comuni contendenti; e fu quindi ordinato al consiglio d' intendenza di Napoli di decidere coi debiti gravami la causa in merito. — Mentre procedevasi, sopravvenne il Rescritto del 12 luglio 1817, che ordinò appartenere ai tribunali ordinarî le cause di escomputo derivanti da contratti tra i particolari e l' amministrazione pubblica: per il che, il Consiglio si dichiarò incompetente, e Murolo quindi si rivolse ai giudici ordinarî. Intanto un secondo rescritto del 4 aprile 1818 stabilì, che le cause di escomputo dovessero appartenere al potere amministrativo, quante volte nei contratti si fosse rinunziato all'escomputo, come avveniva nella specie: fu perciò che i comuni d' Ischia pretesero dovere il consiglio annullare la precedente decisione d'incompetenza, e pronunziare in merito. Il consiglio però, opinando non poter riesaminare una contesa già decisa, dichiarò non esservi luogo a deliberare. Reclamarono i comuni contro questa decisione innanzi alla G. C. dei conti, sostenendo che essendovi in quel contratto la rinunzia all' escomputo, solo il contenzioso amministrativo fosse competente a procedere, a norma del rescritto del 1818. La G. Corte dei conti, considerando sul reclamo, che le leggi regolatrici della competenza colpiscono gli atti nello stato in cui sono, opinò che il consiglio avesse dovuto procedere. — Il Murolo intanto che avea adito i giudici ordinarî, ottenne una decisione della G. Corte civile, con la quale considerandosi che nella causa tra lui ed i comuni non trattavasi già di un' azione per escomputo, ma per l' opposto di rimissione di mercede per mancanza di cosa locata, fu proclamata la competenza ordinaria. Ma il consiglio d' Intendenza, cui una tale decisione venne comunicata, ponendo mente, che la causa in quistione fu commessa alla sua cognizione da un sovrano rescritto del 13 luglio 1816; che perciò attesa questa delegazione,

niun' altra autorità poteva conoscerne; che per l' altro rescritto del 1818, essendovi nel contratto tra Murolo ed i Comuni d' Ischia la rinunzia all' escomputo, apparteneva a sè la cognizione della causa; che per altra sovrana determinazione data sull' avviso della G. Corte dei conti, trovavasi rimessa al contenzioso amministrativo la cognizione della causa; e che in fine la dimanda di escomputo in quistione non dipendeva dalla mancanza di cosa locata, ma da casi fortuiti: sostenne perciò la sua competenza nella causa. — Fu allora elevato un formale conflitto di attribuzione, il quale fu sciolto sovranamente a pro della competenza amministrativa, col mentovato rescritto del dì 8 gennaio 1823.

674. Le speciali circostanze che concorsero in questa causa, e la dichiarazione già fatta col precedente real rescritto del 13 luglio 1816, mediante il quale era stata fatta una speciale delegazione dell' affare al giudice amministrativo, poterono in massima parte influire a sciogliere il conflitto nel medesimo senso. Ma parmi, che ove la stessa quistione venisse nuovamente in campo ora, senza esser pregiudicata dalle circostanze occorse nella specie riportata, sarebbe forse tutt' altra la soluzione, perciocchè, giova ripeterlo, anche nell' esistenza di un patto espresso contenente la rinunzia all' escomputo nei casi fortuiti, la quistione tendente a determinare, se una tale rinunzia possa essere efficace anche pei casi fortuiti straordinari, costituisce non già una quistione di fatto e d' intenzione, ma di puro dritto.

## §. CCLXXVIII.

*Allorquando poi non ci ha verun patto sull' escomputo, l' azione è puramente civile, e di competenza ordinaria. Rescritti.*

675. Ma ove il contratto sia interamente silenzioso intorno all' escomputo, non può esservi dubbio allora che l'azione relativa a tale oggetto rientri esclusivamente nella competenza del giudice ordinario, come quella che non potrebbe altrimenti esser considerata

se non come un'azione puramente civile, la quale, non ponendo in quistione nè la validità, nè la legalità, nè la interpetrazione dell' atto, si sottrae perciò alla cognizione del giudice amministrativo.

676. Ciò è stato ripetutamente risoluto da varî sovrani rescritti, tra i quali indicheremo quelli del 9 agosto 1817 tra i signori Mariconda ed altri col Comune di Gragnano pel dazio sulla molitura; del 28 marzo 1818; e del 3 aprile 1819. — Il secondo fra essi fu corroborato da alcune notevoli considerazioni del Supremo Consiglio di cancelleria, concepite nei seguenti termini: — » Oggidì avendo S. M. con la legge del 21 marzo 1817 fissati » definitivamente i limiti di separazione fra il contenzioso amministrativo ed il giudiziario; affinchè non si desse più luogo a collisioni fra le rispettive autorità per mancanza di una regola certa, ha con l'art. 5, n. 3 della detta legge, espressamente attribuito alla competenza del potere giudiziario l'esame ed il giudizio di tutte le azioni civili di qualunque natura, nelle quali non cada in quistione la legittimità, la validità o la interpetrazione di un atto dell'amministrazione pubblica, eccettuata solamente a favore del potere amministrativo nell'art. 8, per regola, la cognizione della validità dei contratti fatti dalla pubblica amministrazione, della loro solennità, e della interpetrazione e spiegazione dei medesimi; — Che nella regola generale della competenza del potere giudiziario sono manifestamente compresi i contratti di affitto; ed inoltre nell'art. 10, dandosi all'autorità amministrativa la facoltà di decidere tutte le quistioni tra l'amministrazione pubblica e gli appaltatori di opere, e di lavori pubblici, ciò che forma un oggetto assai più importante dei semplici affitti, la legge ha uniformemente ristretta tal cognizione ai termini dell'art. 8, ai soli casi ove si trattasse della validità dei contratti, della legalità dei solenni in esso adoperati, e della interpetrazione e spiegazione dei contratti medesimi; — Che le quistioni di rescissioni non riguardano la validità dei contratti, che anzi ne suppongono la validità, essendo l'una dall'altra nel co-

» dice civile attualmente in vigore distinta, art. 1234 e 1304 e
» seg.; siccome lo era per dritto romano; — Che le cause di escom-
» puto emanano da un fatto accidentale sopravvenuto dopo il con-
» tratto di affitto, onde non è quistione di validità del contratto,
» ma dell' effetto legale che dal contratto valido in sè stesso risulta
» per accidenti estranei ad essi: — Il Supremo Consiglio di Can-
» celleria a maggioranza di voti è di parere, che nelle due mento-
» vate quistioni sia competente il potere giudiziario, eccetto il caso,
» ove lo stesso potere giudiziario creda doversi entrare nello esame
» della interpetrazione e spiegazione dei contratti, onde definire il
» dritto delle parti relativamente alla rescissione o all' escomputo.
» In questo caso dovrà sospendere la decisione principale, fino a che
» dal potere amministrativo la cognizione incidente di sua compe-
» tenza non sia decisa ».

677. Questo parere fu accolto e confermato dal rescritto del 28 marzo 1818, che così dispose: — » Avendo rassegnato a S. M. il
» parere emesso dalla Camera di giustizia del Supremo Consiglio di
» Cancelleria sul dubbio anzidetto, la M. S. ha dichiarato, che le
» cause di sopra indicate sono di competenza dell' ordine giudizia-
» rio, a norma dell' art. 5, n. 3 della legge del 21 marzo 1817
» sul contenzioso amministrativo. Nel caso però in cui nei contratti
» di affitto sia intervenuto patto, col quale siesi rinunziato in ter-
» mini assoluti in casi particolari all' escomputo, S. M. ha dichia-
» rato che la competenza di tali cause è del potere amministrativo,
» a norma dell' art. 8 n. 3 della citata legge dei 21 marzo 1817.
» Nel R. nome, ecc. »

## §. CCLXXIX.

### *È anche ordinaria la competenza nel caso di azioni nascenti da tacita riconduzione.*

678. Un' altra applicazione del principio può aversi nel caso di giudizio promosso per tacita riconduzione, avvenuta dopo spirato il termine stipulato nel contratto di locazione. Le quistioni che in tal caso possono nascere intorno agli effetti della tacita riconduzione, costituiscono delle quistioni di dritto, ossia delle azioni meramente civili, perchè mettono capo nell' applicazione ed interpetrazione della legge, non già nella interpetrazione dell' atto amministrativo contenente il contratto. Ond' è, a modo d' esempio, che ove nel caso di tacita riconduzione insorga disputa, se la fideiussione stipulata nel contratto di affitto a tempo determinato debba intendersi operativa ed obbligatoria anche nella locazione tacitamente rinnovata, non è a dubitare che una tale disputa rientri nella competenza ordinaria, perchè non tocca la interpetrazione del contratto.

679. Di ciò abbiamo un esempio risoluto con un rescritto del 20 ottobre 1819 dato fuori per la causa tra la Commissione dei Luoghi pii di Pescocostanzo e D. Giovanbattista Mascitelli, nella quale si elevò un conflitto circa la competenza a diffinire appunto la quistione, se la fideiussione data per contratto di affitto a tempo determinato conchiuso con un' amministrazione pubblica potesse estendersi anche al caso della riconduzione tacita. E quel rescritto, sulla considerazione che una tale controversia non cadeva sulla interpetrazione, nè sulla validità del contratto, ma costituiva una pura azione civile ed una mera applicazione della legge, dichiarò che il solo potere giudiziario fosse competente nella causa. — La qual soluzione è la conseguenza di quel principio, che altro è disputare sul senso e significazione del patto, ed altro è disputare sull' effetto della legge in una quistione occasionata dal contratto o dal patto: nel

primo caso la competenza è amministrativa, nel secondo è sempre ordinaria.

## §. CCLXXX.

*Non vi è competenza amministrativa quando l' atto, della cui interpetrazione si disputa, non abbia i caratteri di atto amministrativo, ancorchè la pubblica amministrazione sia in giudizio.*

680. Non pertanto, il principio che giustifica la competenza in caso d' interpetrazione, diventa inapplicabile allorchè l' atto da interpetrare non possa qualificarsi come atto amministrativo nel rigoroso senso della parola. Ciò mette capo nelle regole sviluppate innanzi, circa la ragione direttiva della competenza amministrativa. Può stare anche che la pubblica amministrazione sia personalmente in giudizio, e che da essa si produca, in sostegno dell' azione, un atto che ingeneri una quistione d' interpetrazione: se un tale atto non abbia alcun carattere amministrativo, la cognizione sarà del giudice ordinario, non ostante che sia prodotto dalla persona pubblica, perchè non è la persona, ma la qualità della contesa che regola la competenza.

681. Evvi un rescritto in questo senso del 9 agosto 1817 nella causa tra l' amministrazione dei demanî e D. Tommaso Nocerino. Avea la prima nel 15 maggio 1816 spedita coazione al secondo pel pagamento di ducati 15, che disse dover costui per un'annata di canone maturata in decembre 1815 su di un territorio sito in S. Sebastiano, appartenente al soppresso monistero di S. Domenico maggiore in Napoli; più per altri duc. 2. 76 di attrasso. Il Nocerino produsse opposizione, citando l' amministrazione dei demanî avanti il tribunal civile, sostenendo che il suo censo non era che di soli annui ducati 8. 26 da lui puntualmente pagati. Ben si vede adunque, che in questa specie cadeva appunto in esame la interpetrazio-

ne dei patti e condizioni indicate nell' atto di censuazione, in virtù di cui agiva l' amministrazione dei demanî ; ma un tale atto non era *amministrativo*, perciocchè era stato stipulato dal disciolto corpo morale, non già dall' amministrazione. — Ciò non ostante, il Direttore dei demanî oppose l'incompetenza del tribunale ordinario, che erasi dichiarato competente; e l' intendente allora elevò il conflitto. Ma il Supremo Consiglio di Cancelleria, cui venne rimesso l'affare per parere, considerò » che con l'art. 5, n. 3 della legge » del 21 marzo 1817 è data per regola al potere giudiziario la co» gnizione delle azioni civili di qualunque natura, nelle quali non » cada in quistione la legittimità, la validità o la interpetrazione » *di un' atto dell'amministrazione pubblica* ». E poichè nella specie mancava questo atto, fu di avviso essere competente il tribunale civile di Napoli: avviso, che venne approvato col cennato rescritto.

## §. CCLXXXI.

*Neanche è amministrativo il giudizio quando l' atto, ancorchè amministrativo, non possa avere, con la sua interpetrazione, veruna influenza sulla contesa per sè stessa civile.*

682. Questo canone è una conseguenza immediata dello stesso principio, nè ha mestieri di verun ragionamento che ne addimostri la verità; perciocchè è evidentissimo, che se l' atto amministrativo prodotto in giudizio a nulla mena per la decisione della contesa, si provocherebbe inutilmente una quistione d' interpetrazione ad oggetto di eludere la competenza.

683. Un conflitto negativo sorto nella causa tra D. Giuseppe Gonnelli ed il monistero di S. Chiara in Turi, fu risoluto appunto in questo senso da un rescritto del 12 febbraio 1820. Quel monistero nel 1804 fu con regio assenso autorizzato a contrarre un debito di ducati 4000 per accorrere ai suoi bisogni, ipotecando i suoi beni, con l' obbligo di estinguerlo a ragione di annui ducati 50. Prese do-

po ciò a censo bollare da D. Giuseppe Gonnelli la somma di ducati 1400 al sette per cento. — Nel 1816, dovendo Gonnelli conseguire tre annualità decorse, ne chiese il pagamento innanzi al tribunale civile di Trani. Si oppose dal corpo morale la incompetenza, deducendo che il credito era rimasto estinto fin dal 1811 per effetto di una lettera dell'Intendente della provincia, con la quale dava comunicazione del decreto del 7 marzo dello stesso anno, in forza di cui fu prescritto, che i creditori delle corporazioni religiose dovessero, sotto pena di perdere il loro dritto, presentare nel termine di quattro mesi i titoli di credito presso la commissione del debito pubblico, a fine di ottenerne la liquidazione; che non avendo Gonnelli a ciò adempiuto, il suo credito era rimasto ammortizzato. Il tribunale allora, ritenendo che quel decreto riguardava il capitale e non già gl' interessi, di cui contendevasi, si dichiarò competente. Ma la G. Corte civile di Trani, sull'appello, considerando che trattavasi di interpetrare un atto amministrativo, cioè la lettera dell' Intendente, con la quale in esecuzione del decreto avea dichiarato la estinzione dei crediti non liquidati, giudicò appartener la cognizione al contenzioso amministrativo. — Comparve allora il Gonnelli innanzi al Consiglio d' Intendenza. Ma questo considerò, che nel decreto del 7 marzo 1811 non si parlava affatto di appartenere alla giurisdizione amministrativa le quistioni riguardanti la liquidazione, i titoli e la soddisfazione dei debiti delle corporazioni religiose, ma solamente del sistema da osservarsi nella liquidazione e soddisfazione di detti debiti; — Che la controversia tra Gonnelli ed il monistero non portava che all'esame, se il credito era stato o no colpito dal decreto per la liquidazione non fatta, non già alla interpetrazione della lettera dell' intendente dopo pubblicato il decreto, di maniera che, riducendosi l'oggetto ad una semplice azione civile, di questa, secondo il disposto nell' art. 5 n. 3 della legge del 21 marzo 1817, conoscer dovea il potere giudiziario; e perciò, con decisione del 27 maggio 1819 si dichiarò incompetente, rinviando le parti innanzi al potere giudiziario. — In questo stato di cose fu implorata la sovra-

na risoluzione sul conflitto negativo. Ed il Supremo Consiglio di Cancelleria, interpellato sull' oggetto, trovò giuste le osservazioni del consiglio d' Intendenza, in quanto che non cadeva in esame la interpetrazione della lettera dell' intendente, ma se il credito era colpito dal decreto del 1811, locchè importava che la quistione riguardasse un'azione meramente civile di appartenenza del potere giudiziario: fu perciò di avviso che questo dovesse procedere. Tale avviso fu approvato con rescritto del 12 febbraio 1820.

## SEZIONE 2.ª

**Applicazione dei principi alle quistioni di legalità degli atti.**

§. *CCLXXXII. — Quando con azione principale si attacca l' atto per mancanza di solenni, non vi è semplice azione civile, ma quistione di legalità, di competenza amministrativa.*

§. *CCLXXXIII. — Se la quistione di legalità sorga come quistione incidentale in un giudizio civile, il giudice ordinario debbe soprassedere sino alla decisione del giudice amministrativo.*

## §. CCLXXXII.

*Quando con azione principale si attacca l' atto per mancanza di solenni, non vi è semplice azione civile, ma quistione di legalità di competenza amministrativa.*

684. Nello sviluppo fatto nel Capo I. di questo Titolo, intorno ai principî generali che regolano la competenza in ordine agli atti amministrativi, ho cennato che il concetto della legalità non altro comprende, se non le quistioni che versano sulle forme estrinseche con cui l' atto si è celebrato. Ed al certo non in altro modo poteva serbarsi inviolato il principio di separazione ed indipendenza delle due gerarchie, se non attribuendo al solo giudice amministrativo la potestà di decidere, se l' atto sia rivestito di quei solenni che gl' imprimono forza ed effetto giuridico: diversamente, la gerarchia amministrativa sarebbe stata collocata in una posizione dipendente e subordinata alla gerarchia ordinaria, ove questa fosse stata investita del potere di annullare i suoi atti, come illegali o mancanti dei solenni voluti.

685. Or se è lucida ed innegabile la verità e la necessità di questo principio, dirò poi che la sua applicazione non può incontrar difficoltà nella pratica. Ed invero, la quistione di legalità può presentarsi come un'azione principale, quando cioè si attacchi con un'azione diretta l'atto o il contratto fatto dalla pubblica amministrazione, per impedirne, sul motivo della illegalità delle sue forme, la esecuzione e gli effetti; ed allora non ci ha dubbio che il giudizio debba esser promosso esclusivamente innanzi al giudice amministrativo.

686. Un caso di conflitto, risoluto da un sovrano rescritto del 18 ottobre 1824, chiarisce in singolar modo la regola che ho cennata. Un contratto di appalto era stato stipulato nel 1820 tra l'intendente e D. Policarpio Varone per la stampa degli atti necessarî all' amministrazione civile della provincia di Molise, e si convenne

che avrebbe avuta la durata di anni dieci. Nondimeno l'intendente successore ne impugnò la legalità, e quindi la efficacia giuridica, per non essere stato preceduto dalla formalità necessaria delle pubbliche subaste; ed il Consiglio d' intendenza, dichiarando la sua competenza, fece dritto alla domanda per l' annullamento del contratto, con sua decisione del 23 maggio 1823. — Varone intanto, citando l' intendente innanzi al tribunale civile, ottenne anche da questo una deliberazione di competenza nello stesso giorno. Poggiavasi il tribunale sulla considerazione, che nella controversia si trattava della intelligenza ed applicazione della legge ad un caso non preveduto nè regolato dalla espressa volontà dei contraenti, dappoichè si chiedeva dalla provincia la rescissione del contratto per mancanza di formalità; e perciò la conoscenza della causa appartener dovea alla giurisdizione ordinaria, giusta l' art. 5 n. 3 della legge del 21 marzo 1817, e del real rescritto degli 11 gennaio 1823, con cui S. M. volendo fissare la intelligenza di tale articolo, si degnò dichiarare, che nelle controversie pei contratti passati con la pubblica amministrazione fossero competenti a procedere i giudici del contenzioso amministrativo, ove si fosse quistionato della intelligenza o esecuzione della volontà dei contraenti, ed i tribunali ordinarî quante volte nelle controversie anzidette si fosse disputato della intelligenza della legge ed applicazione di essa ad un caso particolare non regolato dalla espressa volontà dei contraenti. D' altra parte il consiglio d' intendenza sosteneva la sua competenza pel motivo, che la causa versava sulla legalità o illegalità di un atto dell' amministrazione pubblica, che lo stesso art. 5 n. 3 della legge del 27 marzo 1817, ed il seguente, prescrivono esser di competenza del contenzioso amministrativo; e che non trattavasi nè della intelligenza della legge o applicazione di essa ad un caso non regolato dalla espressa volontà dei contraenti; ma bensì della esistenza o non esistenza dei solenni che rendono valido o invalido un contratto stipulato con l' amministrazione pubblica, quali sono appunto le subaste; e quindi non era applicabile il citato so-

vrano rescritto degli 11 gennaio 1823. — Dietro queste due deliberazioni, mediante le quali ciascuna gerarchia dichiarò la sua competenza, l' intendente elevò formale conflitto, sul quale intervenne la seguente sovrana risoluzione.

687. « Ho rassegnato a S. M. il parere emesso dalla Con-
« sulta dei reali domini al di quà del Faro sul conflitto elevato
« dall' intendente di Molise nella causa tra quella provincia e
« D. Policarpio Varone appaltatore della stamperia provinciale;
« e la M. S. ha determinato nel consiglio ordinario di Stato dei
« 18 corrente, che la competenza in detta causa sia dei giu-
« dici del contenzioso amministrativo. Nel Real Nome partecipo
« a V. E. questa sovrana determinazione per l' uso che conven-
« ga. — Napoli 23 ottobre 1824 ».

## §. CCLXXXIII.

*Se la quistione di legalità sorga come quistione incidentale in un giudizio civile, il giudice ordinario debbe soprassedere sino alla decisione del giudice amministrativo.*

688. Ma la quistione circa la legalità o illegalità dell' atto per mancanza di solenni, può sorgere incidentalmente in un giudizio di sua natura civile; ed allora non può esservi dubbio, che in forza sempre dello stesso principio, debbe la quistione incidentale essere rinviata al giudice amministrativo, ed esser sospeso ogni procedimento fino a che questo non abbia pronunziata la sua decisione sulla legalità dell' atto che s' impugna. — Se non che, non debbesi confondere sul proposito la quistione che versa rigorosamente sulla legalità dell' atto, e quella la quale, rimanendo estrinseca a tale legalità, riguardi unicamente una quistione di esecuzione dell' atto stesso: nel primo caso è senza fallo competente il giudice amministrativo; non così nel secondo, in cui è sempre competente il giudice ordinario.

689. Suppongasi, a modo d' esempio, che in virtù di un atto emanato dall' autorità amministrativa, o di un contratto stipulato dalla pubblica amministrazione, si proceda ad un precetto o ad un pegnoramento di mobili o ad altro atto di esecuzione; e che si attacchi la esecuzione per nullità, o per mancanza o omissione di forme: ecco allora un' azione la quale, cadendo puramente sulla esecuzione dell' atto, la cui validità non s' impugna, provoca di necessità la naturale competenza del giudice ordinario. Ma se poi il mezzo di nullità presentato contro il precetto o il pegnoramento non versi già sulla illegalità del precetto o del pegnoramento stesso, ma sia poggiato sul motivo della illegalità dell' atto amministrativo che dà luogo alla esecuzione, allora si verifica una quistione incidentale, su cui è incompetente il giudice ordinario; e perciò debb' egli sospendere la sua decisione, fino a che l' autorità amministrativa abbia diffinito, se questo atto che s' impugna costituisca o pur no un titolo legalmente esecutivo.

690. Talune decisioni delle corti d' appello straniere han fatta applicazione di questa distinzione. È notevole fra le altre una decisione della corte imperiale di Brusselles del 13 febbraio 1811, pronunziata nella specie seguente. Nel 30 di giugno 1810 una decisione del consiglio di prefettura di Gand dichiara Vangermeesch debitore di Planchon: nel 20 luglio seguente, un' ordinanza del prefetto dispone, che si comunichi copia di questa decisione alla parte ed al direttore dei demani. In virtù di questa decisione Planchon fa pegnorare i mobili di Vangermeesch; e questi produce opposizione, promovendo un' azione di nullità innanzi al tribunale civile, con domanda di danni ed interessi. — Planchon declina la competenza: una sentenza accoglie questa eccezione. Appello per parte di Vangermeesch, sostenendo che la decisione del prefetto ha esaurito la sua giurisdizione; che il dritto di esaminare la validità del pegnoramento, sempre regolato dal Codice di procedura, non può appartenere che ai tribunali; e che nella specie il tribunale doveva an-

nullarlo, perchè fatto in virtù di un titolo non rivestito della forma esecutiva. L'appellato opponeva non appartenere ai tribunali di decidere se un atto amministrativo debba essere rivestito delle forme volute per le sentenze; che quindi, anche quando il tribunale fosse stato competente per conoscere del pegnoramento in sè stesso, non sarebbe stato tale per giudicare della regolarità dell'atto amministrativo.

691. Dietro tali decisioni reciproche, la Corte rigettò l'appello sulle seguenti considerazioni. — « Atteso che l'opposizione è fon-» data sul motivo, che la decisione del consiglio di prefettura del 10 » giugno, seguìta dall'ordinanza del prefetto del dipartimento del-» l'Escaut del 20 luglio 1810, disponente che copia se ne avesse » dovuto comunicare alle parti tra cui tal decisione fu pronunziata, » come anche al direttore del demanio, non costituisca un titolo » avente nè la forza, nè la forma esecutiva secondo le leggi; in » guisa che il procedimento della parte appellante non dovrebbe » ravvisarsi, se non come una via di fatto attentatoria al dritto » di proprietà, la cui salvaguardia è messa nelle attribuzioni dei » tribunali; — Atteso che il fondamento di questo reclamo è su-» bordinato all'esame del merito della legalità degli atti emanati » dall'autorità amministrativa; e che, qualunque sia il risultamen-» to di questa decisione, è indubitato che la domanda di nullità » del pegnoramento con danni ed interessi, non lascia di esser me-» no competentemente conferita alla giurisdizione del potere giu-» diziario; — che quindi in queste circostanze, il primo giudice si » è male a proposito dichiarato incompetente: — Per questi mo-» tivi pone l'appello e ciò di cui è appello nel nulla. Avocando » e riformando si dichiara competente, e prima di pronunziare sul » merito, proroga la causa all'udienza del 15 aprile prossimo, » nella quale le parti appellate saranno tenute di produrre la de-» cisione dell'autorità che debbe conoscere sulla quistione, se la » decisione del Consiglio di prefettura del 30 giugno e l'ordinan-» za del prefetto del 20 luglio 1810, nel modo come questi atti

» amministrativi sono stati distesi e spediti, formino o pur no un » titolo legalmente esecutivo a profitto delle parti appellate e con- » tro gli appellanti. Le spese riservate ».

692. Può nello stesso senso riscontrarsi un' altra decisione della corte di Colmar del 23 decembre 1815, la quale ha consecrato ed applicato il medesimo principio.

## SEZIONE 3.ª

### Applicazione ai casi di validità o invalidità degli atti amministrativi.

§. *CCLXXXIV. — Quando l' atto amministrativo non viene impugnato, ma si disputi delle sue conseguenze civili, non vi è quistione di validità.*

§. *CCLXXXV. — Non vi è competenza eccezionale allorchè non si domanda direttamente la nullità dell' atto, ma vien questa come una conseguenza dell' azione civile.*

§. *CCLXXXVI. — Non così se l' azione civile dipenda dalla quistione circa la potestà dell' amministrazione.*

§. *CCLXXXVII. — Una quistione che in sè stessa importi esame del potere dell' amministrazione, è una quistione di validità.*

§. *CCLXXXVIII. — Non così per l' azione di danno contro un agente o incaricato dell' amministrazione.*

§. *CCLXXXIX. — È anche quistione di validità quella che versa sulla giustizia o ingiustizia dell' atto amministrativo.*

§. *CCXC. — Non così per l' azione di convalida di sequestro in forza di un atto amministrativo che non s' impugna.*

§. *CCXCI. — È civile l' azione per pagamento di arretrati di canone.*

§. *CCXCII. — È lo stesso ove si quistioni, se un titolo sia esecutivo. Ma non già se si domandi la nullità per errore.*

§. *CCXCIII. — È lo stesso per l' azione di scioglimento per mancanza di cosa locata.*

## §. CCLXXXIV.

*Quando l' atto amministrativo non viene impugnato, ma si disputi delle sue conseguenze civili, non vi è quistione di validità.*

693. Ho detto nel Capo Primo di questo Titolo, che se la legittimità o legalità risguarda le forme rituali ed estrinseche dell' atto amministrativo, la validità poi concerne direttamente i suoi costituenti intrinseci; e che perciò tutte le quistioni le quali versano su di questi, rientrano per loro natura nella competenza amministrativa. Le applicazioni di questo principio, che di per sè è assai semplice, servono a viemeglio svilupparne la importanza nella pratica.

694. E primamente osservo, che non può qualificarsi come quistione di validità quella che tenda, non già ad annullare, a rescindere o a togliere in qualunque guisa l' efficacia giuridica al contratto o all' atto, ma a determinar semplicemente quali ne debbano essere gli effetti e le conseguenze legali, perchè in tal caso l' atto rimane invulnerato, e si ritiene per ciò stesso come valido. Un parere emesso dal Consiglio di Stato, comunicato nel 26 febbraio 1814, calza assai bene al proposito. Due decisioni del consiglio d' Intendenza di Capitanata in data del 30 settembre e 27 novembre 1812, dichiararono i signori Carfari, Abruzzese ed Azzone creditori privilegiati sul ricolto di una masseria detta di Tremoleto, dell' ex-feudo di Deliceto, affittata dal Regio Demanio, preferendo costoro alla stessa amministrazione dei demani, la quale vantava anch' essa un credito sul ricolto della masseria suddetta. Contro tali decisioni reclamò il Ministro delle finanze; e su tale reclamo il Consiglio di Stato considerò « che l' attuale controversia, come quella che cade non già sulla validità o solennità dell' affitto, ma sulla natura ed estensione di un privilegio che ciascuna delle parti invoca a suo favore, e sulle conseguenze civili del contratto, non è per ragion di

materia di competenza dell' autorità amministrativa; considerando che la incompetenza per ragion di materia è una eccezione che, non promossa dalle parti, può e debbe esserlo dal giudice, ai termini dell' art. 170 del Codice di procedura civile; omettendo perciò di pronunziare sul metodo del reclamo, è d' avviso annullarsi le decisioni profferite dal Consiglio d' intendenza nella causa suddetta, del pari che tutti gli atti formati in esecuzione delle medesime, e rinviarsi le parti innanzi ai tribunali competenti ».

## §. CCLXXXV.

*Non vi è competenza eccezionale allorchè non si domanda direttamente la nullità dell' atto, ma vien questa come una conseguenza dell' azione civile.*

695. Ho detto esservi quistione di validità ogni qual volta s' impugna l' atto amministrativo per nullità intrinseca. Se ciò è indubitato, è necessario però distinguere il caso in cui s' impugna direttamente l' atto come nullo per vizio intrinseco, dall' altro in cui la nullità venga come una conseguenza indiretta di un' azione civile che non riguarda quell'atto in sè stesso: in tal caso riesce evidente, che non potrebbesi declinare la causa dalla sua sede ordinaria, sol perchè il giudizio possa aver per ultimo effetto questa nullità, la quale non costituisce il subbietto vero dell'azione. Un esempio gioverà a chiarire questa proposizione.

696. Questo esempio lo traggo da un Sovrano Rescritto del 29 agosto 1822 dato fuori per iscioglière un conflitto, occasionato nella causa tra D. Elpidio Cotugno ed il parroco D. Saverio Cotugno. Avea costui, con istrumento del 7 maggio 1781, conceduto in enfiteusi a suo nipote un fondo della parrocchia di moggia 74, per l' annuo canone di duc. 518, a ragione di ducati sette per ogni moggio. Il canone suddetto fu affrancato da D. Elpidio Cotugno nel 24 giugno 1817 presso la Cassa di ammortizzazione, come dall' istrumento

per notar Sorvillo. Dopo tale affrancazione, l' attuale parroco D Saverio Cotugno, anzi Cipriano, promosse presso il tribunale civile della Terra di Lavoro un giudizio di nullità dell' istrumento del 1781 contro D. Elpidio Cotugno. Il tribunale con sua sentenza, ammettendo la domanda del Parroco Cipriano, dichiarò nullo il citato istrumento. Prodottosi appello avverso la medesima da D. Elpidio presso la G. Corte civile di Napoli, questa con sua decisione del 9 luglio 1819, considerando che trovandosi l' annuo canone affrancato presso la cassa di ammortizzazione, ove si fosse dato luogo alla nullità del contratto enfiteutico, ne sarebbe risultata la conseguenza, che l'affranco riconosciuto dal Governo veniva a dichiararsi inutile, la qual cosa non era nelle sue attribuzioni, ma in quelle del potere amministrativo, giudicò per tali motivi non esservi allo stato luogo a deliberare. Allora fu che il parroco Cipriano, ricorrendo al Ministro delle finanze, in data del 13 novembre 1819 ottenne ministeriale comunicata alla G. Corte civile, con la quale fu dichiarato, che non poteva impedirsi alla parrocchia lo sperimento dei suoi dritti innanzi al giudice competente avverso il contratto enfiteutico perpetuo, passato tra il defunto parroco D. Nicola Cotugno ed il suo nipote D. Giuseppe, e che laddove un tal contratto fosse rimasto annullato, risultava del pari nullo l' istrumento di affrancazione fatto presso la cassa di ammortizzazione, ed allora il Cotugno avea dritto di riprendere dalla cassa i valori versati nella medesima per l' indicata affrancazione. In vista di tale ministeriale, la G. Corte civile, reputandosi abilitata ad ulteriore procedimento, con altra decisione del 21 aprile ordinò che si fosse la causa discussa nel merito. Intanto D. Elpidio già precedentemente avea ricorso presso il Consiglio d' Intendenza per richiamare la causa al potere amministrativo, giacchè trattavasi di annullare l' affrancazione già eseguita: e quel consiglio, con sua decisione del 22 maggio 1820, dichiarò la sua competenza. Dietro tali reciproche dichiarazioni, dall' Intendente fu elevato il conflitto.

697. Ed ecco per quali motivi il Supremo Consiglio di Can-

celleria opinava per la competenza ordinaria: — « Considerando, » diceva quel collegio, che la quistione su la enfiteusi fatta dal » luogo pio ad un particolare, non versa nè sulla validità, nè » sulla interpetrazione di un atto amministrativo, ed è perciò d' in- » dubitata competenza dei tribunali ordinari per lo art. 5 della legge » del 21 marzo 1817; — Considerando che l' affrancazione fatta » del canone dal Governo ha supposta una enfiteusi che in origine » fosse nulla; e che le conseguenze che possono avvenire per cagio- » ne della prima dichiarazione, non toccano neppure la quistione di » validità o d' interpetrazione dell' atto amministrativo, ma solo gli » effetti e la risoluzione dell' atto medesimo per causa antecedente, » e per mancamento della implicita condizione nel secondo atto, c oè » di esser valida, ossia di esistere l' enfiteusi. — E d' avviso, che » senza aversi ragione della decisione della G. Corte civile del 16 » luglio 1819, con cui dichiarò non esservi luogo a deliberare nello » stato in cui era l'affare, a causa di sua incompetenza, la quale » decisione si abbia come nulla e non avvenuta, la medesima G. » Corte civile continui a procedere ».

## §. CCLXXXVI.

### *Non così se l' azione civile dipenda dalla quistione circa la potestà dell' amministrazione.*

698. Ma allorquando l' azione che si promuova ad occasione di un atto o di un contratto amministrativo, o della sua esecuzione, sebbene abbia tutte le apparenze di un pura azione civile, ovvero di una pura esecuzione, inchiuda nondimeno in sè stessa una quistione circa il potere dell' autorità o dell' amministrazione, allora è evidente che non potrebbe il giudice ordinario pronunziarvi, senza eccedere la sua competenza, perchè si manifesterebbe una quistione di validità, mascherata sotto le forme estrinseche di un' azione civile. In tal caso quindi, o la quistione di validità si compenetra e s' i-

dentifica siffattamente con l' azione da non formare che un sol tutto indivisibile, ed allora la competenza sul giudizio sarà del giudice amministrativo, non potendosi scindere la continenza della causa: ovvero potrà separarsi l'una dall' altra, ed allora, essendo di necessità preliminare e pregiudiziale la quistione di validità, ossia quella che versa sulla potestà dell' amministrazione, dovrà siffatta quistione essere rinviata al giudice amministrativo, ed attendersi la sua decisione per pronunziare sull' azione civile che ne è conseguenza. A questa guisa vengono rispettate le correlative competenze giurisdizionali.

699. Un caso pratico, risoluto a questo modo, ce ne offre un rescritto del 12 ottobre 1839, diretto al luogotenente generale di Sicilia, per una causa tra il Comune di Palermo ed alcuni privati. — Con atto degli 11 marzo 1836 il Duca d' Architrafi D. Francesco Vanni, ed altri aventi — causa di D. Paolo la Pettorata, e D. Giovanni de Chinto, istituirono giudizio contro l' amministrazione municipale di Palermo innanzi a quel tribunale civile, deducendo, che in forza di un' antica convenzione del 21 aprile 1539 aveano i loro autori assunto l' obbligo di fornire al Comune, in esclusione di qualunque altro, il macello per gli animali occorrenti al consumo della città, con l' obbligo ancora per essi di costruirlo e variarlo in qualunque contrada fosse piaciuto all' amministrazione municipale di stabilirlo; e ciò col peso di una prestazione annua di D. 18. Aggiungevano che il Comune avea violato e contravvenuto allo stipulato, col costruire altro macello, e col vietare agli attori l' uso del loro stabilimento nell' agosto del 1836. Conchiudevano quindi col chiedere di essere conservati nel dritto emergente dall' atto stipulato nel 1539, ed in caso opposto essere condannato il Comune al ristoro dei danni ed interessi e spese, a causa dell' inadempimento del contratto. Ben si vede che in questo giudizio, il quale avea sembianza di una pura azione civile di danni per inadempimento di un contratto conchiuso con l' amministrazione, celavasi però una vera quistione di validità, che attaccava direttamente il potere stesso dell' amministrazione; perciocchè avrebbesi voluto ad essa impedire l' e-

sercizio di quella facoltà suprema, con cui può essa sempre, nello interesse pubblico, determinare le località e le condizioni degli stabilimenti necessari ai bisogni od usi pubblici; e ciò le si volea vietare sul motivo di questo stipulato, da cui volea trarsi una rinunzia a questa sua potestà a pro degli attori. Era dunque una quistione necessariamente pregiudiziale quella di vedere, se poteva essa abdicare con un atto qualunque a tale sua potestà, e se quello stipulato gliene impediva l' esercizio; quistione la quale, sotto tale aspetto, versando sulla validità, rendeva incompetente il giudice ordinario. — È perciò, ch' elevatosi il conflitto, fu dal Sovrano rescritto considerato — « appartenere all' amministrazione pubblica il » determinare quando convenga costruire altro macello e trasportarlo » in altro sito; per il quale motivo la M. S., nel consiglio ordi- » nario di Stato dei 12 settembre ultimo, si è degnata dichiarare, » essere della competenza delle autorità del contenzioso ammini- » strativo la dichiarazione di esservi luogo ad usare di quella fa- » coltà nello interesse del Comune di Palermo; ed allorchè, dif- » finita questa controversia, rimanga a trattarsi di danni ed inte- » ressi tra le parti, la liquidazione di questa quantità apparterrà » al potere giudiziario. Nel real nome, ecc. ».

## §. CCLXXXVII.

*Una quistione che in sè stessa importi esame del potere dell' amministrazione, è una quistione di validità.*

700. Niun dubbio poi può esservi, che allorquando non si tratti di un' azione per danni cagionati dall' inadempienza di un contratto, come nella specie ora riportata, ma per l' opposto si attaccasse direttamente l' atto o la operazione amministrativa, perchè eseguita con danno o lesione del dritto di colui che reclama, allora vi sarebbe senza alcun dubbio una quistione di validità che rientra nella competenza del giudice amministrativo. Se non che, questa regola

debbe intendersi sempre subordinata all' altro principio, che l' atto o l' operazione amministrativa, la quale violasse il dritto di proprietà privata e desse luogo perciò ad una quistione di proprietà, non può far declinare in niun caso la competenza ordinaria sul pretesto di doversi diffinire una quistione d' interpetrazione, di legalità o di validità dell'atto amministrativo, siccome ho detto nel §. CLXXIV, ed anche nel Capo 1.° di questo titolo.

701. A porre in luce la giusta applicazione di questa regola ed il suo limite necessario, si possono recare ad esempio gli atti che fa l'amministrazione per ripartire tra più individui una data somma di contribuzioni. I reclami contro questi ruoli di ripartizione non possono formare obbietto di un giudizio civile, nè quindi si potrebbero produrre con una azione ordinaria, perchè tratterebbesi di giudicare della validità o invalidità della operazione cui l' autorità amministrativa ha proceduto per propria potestà.

702. Sul proposito non è fuor di luogo riportare una decisione della Corte Suprema di Brusselles del 2 luglio 1819, la quale fece omaggio al principio, che i tribunali ordinari sono incompetenti per conoscere del reclamo elevato da privati contro la ripartizione fatta amministrativamente dal Sindaco di un comune, assistito dal consiglio municipale, di una somma assegnata dal governo per essere pagata a titolo d'indennità agli abitanti che aveano fatte delle forniture ad armate straniere: e che spetti alla sola autorità amministrativa conoscere del ricorso prodotto contro il ruolo di queste ripartizioni. — » Atteso che ( diceva nelle sue considerazioni quella Corte ) è per » l'adempimento delle sue funzioni amministrative, che il prefetto » della provincia della Fiandra orientale ha con la sua lettera del 10 » febbraio 1817 incaricato il Sindaco di Baeleghem di far la ripartizione tra gli abitanti del detto comune, della somma di 1331 fiorini, accordata a titolo d' indennità dal governo: che è anche amministrativamente, e mediante il concorso delle autorità amministrative del detto comune, che ha avuto luogo la esecuzione di questo ordine, e che è stato fissato il ruolo di ripartizione di questa

» somma; — Considerando, che se gli appellanti han motivo di que-
» relarsi della inesattezza di questo ruolo, sia per causa di omissione,
» sia perchè si credessero lesi da una troppo tenue partecipazione a
» questa indennità, è loro aperto quello stesso gravame che avreb-
» bero, ove avessero a reclamare contro un aumento in un ruolo di
» ripartizione delle contribuzioni, il quale rendesse fondata una do-
» manda per disgravio; che non spetta all' autorità giudiziaria di oc-
» cuparsi dell' esame di questi ruoli di ripartizione, nè di un conto
» di tal natura com' è quello pel quale le parti han conchiuso: — Per
» tali motivi mette l' appello nel nulla, ec. » (1).

## §. CCLXXXVIII.

### *Non così per l' azione di danno contro un agente o incaricato dell' amministrazione.*

703. Una quistione che a primo aspetto può sembrare di difficile soluzione, è quella di determinare, se possa dirsi che inchiuda una quistione di validità l' azione per danni promossa dal privato contro l' agente o incaricato della pubblica amministrazione, il quale abbia eseguita una operazione da questa ordinata. Potrebbe credersi, che rappresentando costui l' amministrazione da cui ha ricevuto il mandato, e trattandosi d'altra parte di una operazione amministrativa, non si possa tradurre innanzi al foro ordinario l' esecutore, senza che il giudice venga a giudicare della operazione, del fatto, e quindi della potestà dell' amministrazione. Ma questo dubbio si dilegua, a mio avviso, facendo una distinzione, la quale risolve ogni difficoltà. Se l' agente sia esso stesso un' autorità pubblica ed agisca per una operazione amministrativa cui la legge lo delega, non ci ha dubbio che ogni azione intentata contro di lui implicherebbe una quistione di potestà, e quindi di validità, che dovrebb' essere esaminata dal giudice

(1) Journ. du Pal., anno 1819.

amministrativo. Ma se egli manchi di questo carattere, allora, ancorchè si tratti della esecuzione di una operazione amministrativa, sarà giudicabile dal magistrato ordinario per tutte le azioni, cui egli abbia dato causa pel suo fatto personale; perciocchè in tal caso non potrà dirsi che s' impugni la validità della operazione amministrativa, nè le facoltà dell' uffiziale pubblico che vi ha proceduto, ma unicamente l'imperizia o la disonestà di colui che l'ha eseguita, e che non è protetto da un carattere pubblico per godere del privilegio del foro.

704. Del resto questa importante distinzione trovasi conservata da un Sovrano Rescritto del 27 maggio 1820, emanato per la causa tra il Cav. D. Giovanni Blanco e l' architetto D. Giuseppe Vinacci incaricato per parte della Direzione delle contribuzioni dirette: rescritto che fu preceduto da una viva discussione sulla disputa di competenza. — Possedeva il Cavalier Blanco un territorio nel Comune di S. Anastasia; e fu denunziato alla Direzione delle contribuzioni dirette, che questo tenimento era riportato nel catasto per una estensione minore di quella che in effetti si avea. Incaricato l' architetto D. Giuseppe Vinacci per la verifica del fatto, il medesimo, misurato il terreno, riferì di averlo in effetti rinvenuto di una estensione superiore a quella descritta nel catasto. Querelatosi di ciò il cavalier Blanco, fu ordinata una seconda verifica con l' intervento dello stesso architetto Vinacci, ed un secondo architetto, il quale sostenne le parti del reclamante. Da questa seconda verifica risultò che l' antecedente fatta dal Vinacci era evidentemente erronea. In tale stato di cose, il cavalier Blanco chiese innanzi al Giudice Regio del quartiere S. Giuseppe, di essere ristorato dal Vinacci di tutt' i danni cagionatigli per la erroneità della misura da lui eseguita. In vista di tale azione, il convenuto oppose la incompetenza del potere giudiziario, e nel tempo stesso implorò dal Ministro delle finanze di essere rilevato dal giudizio intentato contro di lui pel ristoro dei danni che dicevansi patiti. Il Ministro, dopo avere inteso il parere del Consiglio delle contribuzioni dirette e del Procuratore Generale della G. Corte dei conti, con

ministeriale del 29 settembre 1819, fece sentire all' Intendente di Napoli, che simiglianti procedure potevano esser nocive all' amministrazione, perciocchè temendo gli agrimensori di andar soggetti ad un giudizio civile per indennità di danni, si sarebbero astenuti sempre, ovvero avrebbero garentito l' occultatore dei fondi; e quando anche a procedura si avesse dovuto dar luogo, questa si apparteneva al potere amministrativo; e per tale effetto fece istanza presso quell' Intendente, perchè provocasse una dichiarazione di competenza dal Consiglio d' Intendenza, ed avesse quindi elevato il conflitto. — Dopo ciò, il consiglio adìto per l' oggetto, avendo per vero che la contesa era tutta dipendente dagli atti dell' amministrazione, ed era diretta contro un incaricato dell' amministrazione medesima, con deliberazione del 29 ottobre di quell' anno dichiarò la sua competenza. — Per contrario il tribunale civile dichiarò la sua competenza con sentenza del 3 di gennaio 1820; e ciò sulla considerazione, che gl' incaricati della esecuzione di un atto dell' amministrazione pubblica, non sono agenti del governo, ma semplici delegati degli ufiiziali pubblici; — che non vi è legge, la quale esenti dall' esame del potere ordinario le azioni risultanti da fatti che nel procedimento amministrativo possono recar danno altrui; che se la condotta di questi incaricati può essere amministrativamente censurata, da ciò non segue che non possano essere convenuti innanzi al giudice ordinario per i danni, che o per dolo, o per errore, o per imperizia abbiano ad altri recati; — che nella legge sul contenzioso amministrativo non si trova veruna attribuzione data a questo potere amministrativo, meno che quella di conoscere della legittimità, validità ed interpetrazione degli atti dell' amministrazione pubblica; — che, nella specie, non è disputa dell' atto amministrativo di rettifica già eseguito, ma semplicemente si tratta di un fatto risultante dalla imperizia dell' architetto nell'eseguire l' incarico datogli, e che contro un perito il quale abbia male eseguita una misura è accordata dalla legge un' azione, la quale è essenzialmente civile. — Dietro tale sentenza, fu dall' Intendente elevato il conflitto, e venne quindi rimesso l' affare per parere al Supremo

Consiglio di Cancelleria, di cui sono notevoli le considerazioni che seguono.

705. Osservò quel Supremo Collegio » 1. Che un perito esti-
» matore, che si elegge dal controloro, non è un uffiziale ministe-
» riale pel quale potesse valere il beneficio, di essere dallo stesso
» giudice amministrativo, cui è addetto, condannato alle spese o ai
» danni ed interessi per mancamenti in ufficio, siccome è stabilito
» nell'art. 207 della legge del 25 marzo 1817; — 2. Che hassi a
» distinguere l'azione per erronea classificazione o misura fatta, il
» che appartiene al potere amministrativo, siccome si è eseguito,
» da un'azione di danni per opera di un terzo avvenuti, che ha in-
» dotto il potere amministrativo in errore; — 3. Che se un perito
» adoperato dal giudice abbia con una falsa misura prodotto danno ad
» altri, e voglia convenirsi civilmente, dovrà adirsi il giudice del do-
» micilio del medesimo, non ostante che la misura fosse stata or-
» dinata da altro giudice, e commessa in altro luogo o da altra per-
» sona non sottoposta alla di lui giurisdizione; il che può frequen-
» temente avvenire, e specialmente nelle divisioni di successioni per
» beni siti in diverse provincie, le quali si eseguono presso il giu-
» dice del luogo ove la successione è aperta; siccome del pari, vo-
» lendo correzionalmente convenirsi per cagione del dolo adoperato,
» dovrà adirsi il giudice incaricato per la punizione dei reati, non
» del luogo in cui è il giudice che ha commessa la misura, ma do-
» ve il delitto si è consumato; — 4. Che il dire di non potersi
» trarre civilmente innanzi ai giudici i periti adoperati dal potere
» amministrativo, affinchè per tal tema non sieno impediti dal pre-
» starsi agl'incarichi che loro vengono addossati, non è convenien-
» te, sì perchè il potere amministrativo non dee proteggere la di-
» sonestà, sì perchè non può ad un cittadino impedirsi lo speri-
» mento di un'azione, anche mal fondata che sia, e spetterà al giu-
» dice l'esame se l'azione sussiste: altrimenti nè innanzi al pote-
» re giudiziario, nè all'amministrativo proceder si potrebbe per tal
» considerazione, poichè neanche il potere amministrativo potrebbe

» condannare il convenuto ; ma chiunque ha fatto male altrui e ca-
» gionato danno debb' essere giudicato e punito , nè deve ciò inte-
» ressare le pubbliche amministrazioni senza addossarsi la taccia di
» voler proteggere i malvagi , i quali potrebbero senza alcun timo-
» re cagionar danno ad altri ; — 5. Che se il perito abbia errato
» nella misura per poca perizia , e voglia difendersi di non esser
» responsabile verso l' attore nè per ragion di contratto, nè di quasi
» contratto , essendo stato non da lui, ma da un terzo consultato,
» e di non esservi interceduto nè dolo , nè colpa lata , come è di-
» sposto nella legge 1. §. 2 , D. *si falsum modum direxit* , ciò
» sarà oggetto del merito della causa che spetta al giudice conosce-
» re , il quale vedrà se l' azione possa o no procedere ; siccome ,
» trovandovi falsità , è obbligato di uffizio il giudice di adempire le
» funzioni di uffiziale di polizia giudiziaria , giusta il disposto dello
» art. 330 della legge sulla procedura civile , e rimettere il reo al
» giudice correzionale per la punizione , secondo l' art. 298 delle
» leggi penali; ed allora sarebbe conveniente che il governo per l'or-
» dine pubblico s' interessasse in far punire il reo , affinchè si eviti
» il male di mettere a contribuzione i proprietarî dei fondi , im-
» maginandosi denunzia concertata per estorquer danaro ; — 5. Che
» nel caso in quistione trovavasi una misura legalmente già fatta ed
» eseguita , contro la quale essendovi stata una denunzia , è men
» perdonabile una falsa o trascurata misura , nè è esente da suspi-
» zione di frode e di concerto col denunziante , anche per la sen-
» sibile diversità nella estensione ». — Per tali considerazioni le ca-
mere furono di avviso, che nella causa dovesse procedere il potere
giudiziario ; e tale parere , siccome abbiam detto , fu interamente
accolto e sanzionato dal rescritto del 27 maggio 1820.

## §. CCLXXXIX.

*È anche una quistione di validità quella che versa sulla giustizia o ingiustizia dell'atto amministrativo.*

706. Ma se non può esser dubbia la competenza del giudice ordinario quando si tratti di un'azione per danni contro l'incaricato dell'amministrazione, non rivestito di verun carattere pubblico, e per un fatto illegale a lui personale, non è lo stesso poi allorquando si voglia impugnare l'atto o il fatto stesso dell'amministrazione come illegale o ingiusto. In tal caso è evidente, che vi è una quistione di validità da decidere, per la quale è assolutamente incompetente il giudice civile.

707. Su tal proposito uniforme trovo la giurisprudenza dei tribunali e del consiglio di Stato in Francia. Un arresto della cassazione di Parigi, del 21 aprile 1819, consacrò la massima, che i tribunali sono incompetenti per conoscere delle opposizioni alle coazioni spiccate da una pubblica amministrazione, quando una tale opposizione non è fondata sulla irregolarità della coazione, ma l'opponente si limita a domandarne la nullità sul motivo della ingiustizia dell'atto amministrativo. Questa massima è giustificata dai sani principî, e contiene la vera distinzione da seguire, perchè riconosce che l'azione fondata sulla pura irregolarità di forma della coazione fatta in virtù dell'atto o della decisione amministrativa, sarebbe una mera azione civile, alla quale rimane estrinseca e non violata la quistione di validità dell'atto stesso; mentre per lo rovescio, quando s'impugna non la coazione, ma l'atto che la genera, s'impugna per ciò stesso il potere dell'amministrazione.

708. Ecco come considerava quel supremo tribunale nel cassare la decisione della corte d'appello, che avea fatto irregolarmente dritto all'azione. « Atteso che in prima istanza non si è preteso, » che il convenuto non avesse il dritto di produrre opposizione al-

» la coazione spedita contro di lui dal direttore generale delle po-
» ste, e d' investire i tribunali del giudizio su queste opposizioni:
» ma che il tribunale si è unicamente deciso a pronunziare la sua
» incompetenza nel conoscere del merito della opposizione, dal per-
» chè era fondata sul motivo, che il direttore generale non dovea
» dichiarare Pisani in debito, e dal perchè il convenuto sosteneva,
» che la coazione spedita contro di lui era nulla, essendo basata so-
» pra una decisione ingiusta e contraria all' ordinanza del re del 29
» luglio 1815; — Che dichiarandosi incompetente per questo moti-
» vo, il tribunale di prima istanza avea fatta una giusta applicazio-
» ne delle leggi sulla materia, e che la corte reale, nel giudicare
» il contrario con la decisione annullante la sentenza, ha violato
» l' articolo citato della legge del 24 aprile 1790. — Per tali mo-
» tivi cassa ed annulla la decisione della corte reale di Bastia del 27
» agosto 1816. » (1).

709. La stessa massima generale, siccome ho detto, è stata accolta dal Consiglio di Stato; il che può vedersi in due arresti del 29 agosto 1809 e 3 decembre 1817 (2).

## §. CCXC.

*Non così per l' azione di convalida di sequestro, in forza di un atto amministrativo che non s' impugna.*

710. Debbo pertanto ripetere, che le quistioni di validità dell' atto di esecuzione cui si proceda in forza dell' atto amministrativo, sono al tutto distinte e diverse da quelle di validità di questo atto medesimo: se queste ultime rientrano necessariamente nella competenza amministrativa, le prime poi son sempre per regola della

(1) Journ. du Pal. anno 1819.

(2) *Ivi*, Jurisp. Adm., anni citati.

cognizione del giudice ordinario. Tale è il caso di convalida di sequestro eseguito in virtù di un atto amministrativo, che non s' impugna.

711. Un rescritto del 18 marzo 1840, diretto al Luogotenente generale di Sicilia, è pronunziato appunto in questo senso. D. Salvatore Manguso, in virtù di una disposizione Sovrana, avea ottenuto un assegnamento sulla eredità del trapassato suo congiunto D. Giovan Battista Valleggio: in forza di questo titolo procedette ad un sequestro contro i fedecommissari della detta eredità, e li citava innanzi al giudice ordinario, con un' azione di convalida di sequestro, e chiedendo la condanna contro di essi all'annuo assegnamento disposto. Si eccepiva l' incompetenza del giudice civile, sul motivo dell'atto sovrano in forza di cui agivasi: e l'intendente di Palermo elevava il conflitto. Così si espresse il Sovrano rescritto che sciolse la quistione di competenza: — « La M. S. considerato, che trattasi di va» lidità di sequestro fondato sopra azione per credito, nel consiglio » ordinario di stato del 14 andante, si è degnata uniformemente » al parere della consulta dichiarare, che per la istanza di che trat» tasi, in quanto tende alla condanna della eredità debitrice, sono » competenti i giudici del contenzioso ordinario; salvo rinviare alle » competenti autorità amministrative le quistioni che possano ma » sorgere circa la legittimità, la validità, o interpetrazione del So» vrano rescritto di concessione, o che riguardino lo esame dei conti » degli amministratori della eredità suddetta; e salvo al giudice l'esa» me della regolarità del procedimento di sequestro, onde il giudi» zio procedeva; e salvo ancora l'esame se sia preceduto al giudizio » lo sperimento di conciliazione. Nel R. nome lo partecipo, ecc. »

712. Bene dunque questo rescritto faceva distinzione tra la quistione sulla validità dell' atto di concessione, che dichiarava di competenza amministrativa, perchè allora con essa sarebbesi attaccato la facoltà ed il potere di colui che aveala fatta; dall' altra quistione di pura validità di sequestro, ossia di esecuzione della concessione stessa, la quale non toccava per nulla la potestà del concedente, e rimaneva perciò come una pura azione civile di competenza ordinaria. —

Ed è poi nel medesimo senso che fu emesso l' altro rescritto del 16 decembre 1817 nella causa tra D. Domenico de Luca e l'amministrazione delle scuole militari, ove trattavasi anche di validità di pegnoramento di mobili fatto per esecuzione di un contratto di affitto amministrativo; rescritto che abbiamo riportato nella Sezione 1.ª di questo stesso Capo.

## §. CCXCI.

*È civile l' azione per pagamento di arretrati di canone.*

713. Sempre in forza dello stesso principio, il quale attribuisce al giudice amministrativo ogni quistione che versa sulla validità dell' atto, ma ne esclude ogni altra che possa cadere sulla pura esecuzione, debbe ritenersi, che sia di competenza ordinaria l'azione che abbia per oggetto il pagamento di arretrati di canone, sebbene vi fosse un atto amministrativo che dia occasione alla contesa. Di ciò ne somministra un esempio pratico il rescritto del 13 settembre 1817 emanato nella causa tra il cardinale D. Oronzio Rinaldi, D. Tommaso Valiante e la Cassa di ammortizzazione.

714. Avea il Cardinale D. Francesco Pignatelli con istrumento del 23 gennaio 1793, conceduto in enfiteusi a D. Gennaro Valiante i beni e le rendite della badìa sita nel vallo di Novi in Principato Citra. — Posteriormente lo stesso Valiante procedette all' affrancazione del canone da lui corrisposto per detta badìa concedutagli in enfiteusi. — Al Cardinal Pignatelli successe poscia l' abate D. Oronzio Rinaldi residente in Roma; ed a costui piacque convenire innanzi al tribunal civile di Napoli l' enfiteuta Valiante, pel pagamento di alcuni arretrati a causa del canone di detta badìa, non conteggiati con la cassa di ammortizzazione nel tempo dello affranco. Valiante allora oppose la sua liberazione, mercè l'affranco da lui consumato con la cassa di ammortizzazione; e sostenne, che se debito vi fosse stato, dovea questa unicamente esservi tenuta. La cassa di ammortiz-

zazione, chiamata in causa, oppose all' attore, che anche quando avesse avuto dritto agli arretrati, avrèbbe però dovuto sperimentare le sue ragioni innanzi al potere amministrativo, giusta il decreto del 6 ottobre 1814. — Il tribunale civile, con sua sentenza del 25 gennaio 1817, sulle considerazioni, che non trattavasi di decidere della validità o nullità del canone, nè di controversie relative alla interpetrazione del contratto, le quali secondo i termini della legge del 4 maggio 1810 appartenevano al potere amministrativo, ma trattavasi solo di astringere l' enfiteuta, o la cassa di ammortizzazione, a pagare una rata di canone arretrato: e sulla considerazione ancora, che il decreto del 6 ottobre 1814 imponeva alla cassa di tenere un conto separato dei prodotti degli affranchi, ma non toglieva al potere giudiziario la facoltà di conoscere della pertinenza degli arretrati; si dichiarò competente. — Per contrario, l' Intendente di Napoli dietro l' avviso del Consiglio d' Intendenza, il quale sostenne, che anche trattandosi di pagamento di una rata del canone controvertito, dovea procedere il potere amministrativo, giusta la legge del 12 decembre 1816, e l'art. 11 del decreto del 5 ottobre 1814, elevò il conflitto, di cui diè comunicazione al regio procuratore del tribunale civile.

715. Dietro ciò, commesso l' affare per parere al supremo Consiglio di Cancelleria, il medesimo nelle camere riunite di giustizia, interno e finanze osservò. — « Che avendo il tribunale civile della » Provincia di Napoli con la sentenza del 25 gennaio corrente anno » chiaramente limitata la sua giurisdizione sulla domanda di astrin- » gersi o l' enfiteuta Valiante o la cassa di ammortizzazione al pa- » gamento di una rata dei canoni arretrati, dichiarando di non trat- » tarsi dell' esame della validità o invalidità del contratto, ricono- » sceva così non essere questo esame di sua competenza. — Visto » perciò l' art. 5, n. 3 della legge del 21 marzo 1817, con cui è » al potere giudiziario attribuita la cognizione delle azioni di qua- » lunque natura, ove non sorga quistione della validità o invalidità » di un atto dell' amministrazione pubblica, è di avviso essere il tri-

» bunale civile competente ai termini della sua dichiarazione. » — Approvato con Real Rescritto del 3 settembre 1817.

716. Questo avviso, ed il corrispondente rescritto di approvazione sono renduti in conformità di quell'unico principio, vale a dire, che altra cosa è la quistione che cade sull'atto stesso, della cui efficacia si dubita, ed altra è quella la quale, nata puramente ad occasione o per esecuzione dell'atto, ne lascia pertanto inviolata la virtù giuridica, e per l'opposto la presuppone e la riconosce. Se per la prima è devoluta la cognizione al solo giudice amministrativo, per la seconda invece sarà sempre del giudice ordinario.

## §. CCXCII.

*È lo stesso ove si quistioni se un titolo sia esecutivo. Ma non già se si domandi la sua nullità per errore.*

717. Se non che, può l'azione talvolta presentarsi sotto una forma complessiva, in guisa che una quistione che inchiuda in sè una pura azione civile, sia connessa con un'altra che riguardi necessariamente la validità. In tal caso, se le due quistioni possono scindersi, perchè non si compenetrano in modo tra loro da rendere indispensabile un solo ed unico giudizio, dovranno ciascuna essere rinviata al proprio giudice. Di ciò ne offre apposito esempio un rescritto pronunziato nella causa tra D. Giovan Battista Marini ed il Comune di Potenza per la esecuzione di un contratto di appalto del dazio sul vino.

718. Il Sindaco del comune di Potenza istituì in quel tribunale civile un procedimento di spropriazione di taluni fondi contro D. Giovan Battista Marini, per un credito di ducati 6339, 06. Il titolo di siffatto credito nasceva da un atto notarile per causa di affitto della gabella del vino, preso dal Marini alle subaste per gli anni 1813 e 1814. — Il Marini si oppose al procedimento, allegando, 1.° che l'istrumento il quale costituiva il titolo di credito, non era

autentico, nè esecutivo, perche mancante di alcune formalità prescritte dalla legge sul notariato; 2.° Che il credito non era liquido; 3.° Che la obbligazione contratta dal prenditore del dazio a titolo di locazione, poggiava sopra un errore, essendosi mal calcolato il prodotto del dazio su di erronee basi fissate dall' intendente; 4.° Che dal preteso credito doveano farsi varie deduzioni per somme pagate, per escomputo, per esazioni pendenti, le quali il comune dovea ripigliarsi per essergli mancata la forza per le coazioni, per la mancanza di tre mesi di affitto, e per grandini cadute nelle vigne di Potenza in luglio del 1814 e per minorazione fatta sul dazio. — Su queste eccezioni complesse, avendo il tribunale supposto essersi elevata quistione di competenza, di fatto con sua sentenza del 5 giugno 1816 si dichiarò competente, sul motivo che l'eccezioni del Marini in parte eran dirette a distruggere il contratto, ed in parte a distruggerne le conseguenze; e che l'autorità amministrativa non potea conoscere se non della intelligenza dei patti e non dei loro effetti legali, riportandosi a taluni avvisi dell' abolito Consiglio di Stato. — All' opposto l' Intendente, con deliberazione motivata del 20 luglio 1816, elevava il conflitto, osservando, che in tutti gli affari contenziosi ch' eran prima di giurisdizione dell'abolita Camera della Sommaria, eran succeduti i consigli d' Intendenza, e che fra tali affari doveano certamente noverarsi tutte le controversie pel pagamento di estagli, per escomputo, e per dubbi che sorgono nella spiegazione degli atti amministrativi.

719. Ora, chiesto l' avviso del Supremo Consiglio di Cancelleria su tal quistione, il medesimo nella camera di giustizia ed affari ecclesiastici, unita a quella dell' interno e finanze, osservò « che » essendo con la nuova legge del 21 marzo 1817 cessate le antece- » denti leggi provvisoriamente in vigore, ed essendo le eccezioni del » Marini in parte dirette ad annullare il contratto per cagione di » errori nei calcoli del prodotto del dazio fatti dall' intendente, ed » in parte a diminuire il suo debito per altre cagioni di deduzioni » e di escomputi; per l' art. 5 n. 3, e per l' art. 8 di detta legge,

» la cognizione delle eccezioni dirette ad annullare il contratto per » cagione di errore e per falsi calcoli appartiene al Consiglio d'in- » tendenza, riguardando la validità o invalidità del contratto, ai » termini degli art. 1109 e 1110 del Codice civile provvisoriamen- » te in vigore; e tutte le altre cognizioni appartengono per regola » al tribunale civile. — Onde è di avviso, che il tribunale civile » debba continuare a procedere nel giudizio di spropria, e conosce- » re delle eccezioni del debitore della seconda specie, inclusa l'au- » tenticità del titolo, giusta la legge del notariato; che il Marini, » volendo attaccare la validità del contratto per cagione di errore, » debba adire il consiglio d'Intendenza, salvo al tribunale il decide- » re se tal cognizione, da rimettersi al consiglio d'intendenza, pos- » sa arrestare il corso del giudizio di espropria per esecuzione di » obbligo contenuto in atto notariale. » — Approvato con Sovrano Rescritto del 9 agosto 1817.

## §. CCXCIII.

### *È lo stesso per l'azione di scioglimento del contratto per mancanza di cosa locata.*

720. Un' ultima applicazione dello stesso principio, e di cui facciamo qui parola, è quella riguardante l'azione di scioglimento di un contratto amministrativo per mancanza di cosa locata; azione la quale è di esclusiva cognizione del giudice ordinario, attesa la sua indole puramente civile. In effetti, sebbene con questa azione si rescinda il contratto, non pertanto non viene impugnato per un vizio intrinseco, in forza del quale se ne domandi l'annullamento, ma solo per un fatto sopravvenuto e che lascia intatta la quistione di validità. Trattandosi dunque di un' azione che versa sulle conseguenze e sugli effetti civili dell' inadempienza di un contratto che si ritiene come valido, perchè non s' impugna, la competenza è senza dubbio del giudice civile.

721. A questo modo pronunziava un Rescritto del 16 agosto 1826, comunicato al Luogotenente generale della Sicilia, del tenore seguente: — « Il rapporto di V. E. degli 8 dello scorso mag- » gio, riguarda il conflitto di attribuzioni elevato tra il tribunale » civile ed il consiglio d' Intendenza di Palermo, nella causa tra » Andrea Trifò e compagni, arrendatarî del dritto di sensalia sul- » le compre e vendite che facean gli esteri nel comune di Morrea- » le, da una parte, ed il comune stesso di Morreale, dall'altra.— » In questa causa gli arrendatarî han chiesto lo scioglimento del » contratto di fitto per lo cennato dritto di sensalia, a ragione di » essere mancata la cosa locata, ed han pure domandato le inden- » nizzazioni dei corrispondenti danni ed interessi. — S. M. unifor- » memente allo avviso della Consulta, avuto riguardo alla natura » puramente civile dell'azione dedotta, ha risoluto che sia nella spe- » cie competente a procedere l'autorità giudiziaria. — Nel Real No- » me partecipo a V. E. questa Sovrana risoluzione, perchè si serva » farne l' uso conveniente. »

## CAPO TERZO

### APPLICAZIONE SPECIALE DEI PRINCIPJ AGLI ATTI DI AUTORIZZAZIONE AMMINISTATIVA PER OPIFICJ INCOMODI O INSALUBRI.

§. *CCXCIV.* — *L' atto amministrativo di autorizzazione è sempre subordinato alla salvezza del dritto altrui.*

§. *CCXCV.* — *L' azione per danni cagionati da un opificio anche autorizzato, non importa quistione di validità dell' atto amministrativo.*

§. *CCXCVI.* — *Se però il giudice civile ordinasse la demolizione dell' opificio autorizzato, giudicherebbe della validità dell' atto amministrativo.*

§. *CCXCVII.* — *Quando la valutazione del danno traesse una quistione di legalità o di senso dell' atto, cesserebbe la competenza ordinaria: non così se l' esame cade sulla esecuzione dell' atto.*

§. *CCXCVIII.* — *Per quali danni si può avere azione?* — *Distinzione tra il danno materiale e la semplice diminuzione di lucro. Rinvio.*

§. *CCXCIX.* — *Nell' idea del danno materiale va compreso ancora il depreziamento di valore della proprietà.*

## §. CCXCIV.

*L' atto amministrativo di autorizzazione è sempre subordinato alla salvezza del dritto altrui.*

722. Noi non abbiamo regolamenti generali, i quali in via di massima stabiliscano le formalità necessarie per l' autorizzazione ed esercizio di questi stabilimenti industriali, che possano essere pericolosi, insalubri, nocevoli o incomodi; nè abbiamo veruna disposizione legislativa, che ne faccia la classificazione secondo la loro diversa natura ed il diverso loro grado di pericolo o d' insalubrità. Speriamo che i progressi della industria nazionale ne facciano sentire ben presto il bisogno. — Stando però ai principî generali diciamo, che l' atto di autorizzazione di quegli opifici manifatturieri da cui possono risultare inconvenienti, danni o pericoli per altri, è nelle facoltà esclusive dell' amministrazione pubblica, perciocchè solo questa, investita della potestà d' imperio, può concedere simiglianti permessi in vista di un interesse generale o collettivo delle industrie.

723. Ma se tale è l' essenza della potestà d' imperio, e se questa per conseguire un fine di utilità nell' interesse pubblico può concedere simili autorizzazioni, non è men vero però, che ogni atto dell' amministrazione con cui si autorizza lo stabilimento di un opificio insalubre o incommodo, non lascia di essere un puro permesso di polizia emanato per un interesse collettivo, e perciò subordinato sempre alla salvezza del dritto privato. La potestà d' imperio non pronunzia nè giudica dei diritti privati dei semplici particolari, perchè tali dritti non sono affidati al potere discrezionale dell' amministrazione, la quale perciò non può lederli o ferirli con un atto della sua volontà. I dritti privati ed individuali stanno sotto la tutela esclusiva della potestà di giurisdizione, sola competente a pronunziarvi e modificarli. Il concetto contenuto nel principio fonda-

mentale di dritto pubblico, *ea que sunt imperii non sunt jurisdictionis*, si compie appunto col principio inverso; vale a dire, che se quanto è obbietto d' imperio, non può essere obbietto di giurisdizione, quello poi per l' opposto che costituisce obbietto esclusivo della giurisdizione, non può per l' identica ragione entrare sotto la potestà d'imperio. Onde se l' amministrazione *jure imperii*, ed in vista dell' utile generale delle industrie, accorda un permesso per uno stabilimento nocevole, riman sempre salvo e sotto la tutela della giurisdizione il dritto privato che da tal permesso può esser danneggiato. È il caso allora di applicare la regola del diritto romano: *quotiensque aliquid in pubblico fieri permittitur, ita oportet permitti, ut sine injuria cujusquam fiat: et ita solet princeps, quotiens aliud novi operis instituendum petitur, permittere* ( L. v, § 10 D. *Ne quid in loc. pub.* ).

724. La conseguenza che direttamente risulta da ciò, è che le parti le quali soffrono un pregiudizio dallo stabilimento di un opificio industriale anche autorizzato, rimangono sotto l' imperio del principio di ragione, consecrato testualmente dalle leggi civili; vale a dire, che ogni fatto qualunque dell' uomo, il quale cagioni un danno ai terzi, obbliga colui per la cui colpa è avvenuto a ripararlo.

## §. CCXCV.

### *L' azione per danni cagionati da un opificio anche autorizzato non importa quistione di validità dell' atto amministrativo.*

725. Or non ci ha dubbio, che l' azione per risarcimento del danno prodotto da un opificio, stabilito in forza di un atto di autorizzazione amministrativa, rientra sotto la competenza dei tribunali ordinarî, e non del giudice amministrativo, perciocchè quì trattasi unicamente di relazione giuridiche private e non di relazioni e di dritti che abbiano un interesse pubblico; vale a dire, trattasi

solo di pronunziare sull' interesse particolare di colui che soffre il danno e che reclama, contro l' interesse anche privato del proprietario dell' opificio. Nel pronunziar su questa collisione di interessi e su i danni che si chiedono, l' autorità giudiziaria non usurpa le funzioni della gerarchia amministrativa; imperocchè, l' amministrazione non si è occupata dello stabilimento ed autorizzazione dell' opificio, se non sotto il punto di vista dell' interesse generale, nè altro ha garentito se non l' esistenza legale dell' opificio medesimo o della fabbrica manifatturiera. Fino a che i tribunali non attacchino questa esistenza, autorizzata e legalizzata amministrativamente, ma limitino semplicemente ogni loro cognizione ai soli danni che tale esistenza cagiona al privato, non ci ha veruna collisione tra le due autorità giudiziaria ed amministrativa, per la ragione che qnest' ultima non ha permesso lo stabilimento che sotto la condizione sottintesa di far salvo il dritto altrui.

726. Non può dirsi dunque che nel giudicar di questo danno si cadrebbe in una quistione di validità dell' atto amministrativo, perciocchè il risarcimento cui può esser condannato il proprietario dell' opificio verso il danneggiato, non tocca per nulla la esistenza dell' opificio stesso, il quale rimane semprè in esercizio legale, sino a che l' amministrazione stessa non rivochi il permesso conceduto.

## §. CCXCVI.

*Se però il giudice civile ordinasse la demolizione dell' opificio autorizzato, giudicherebbe della validità dell' atto amministrativo.*

727. La demolizione dell' opificio nocevole debb' essere, per norma generale, la conseguenza necessaria ed immediata dell' azione di danno, specialmente allorquando si tratta di danni permanenti; perciocchè, la riduzione *ad pristinum* della causa generatrice del pregiudizio è uno degli elementi necessari inchiusi nell' azione. Ma ap-

punto perchè si tratta di opificî esistenti in virtù di un atto legale di autorizzazione amministrativa, un tal principio generale va soggetto ad eccezione. Non può la gerarchia giudiziaria distruggere ciò che esiste per forza di un atto della gerarchia amministrativa. La necessaria separazione tra l' imperio e la giurisdizione non permette che l' un potere possa annullare o violare gli atti dell' altro. Onde il giudice civile non può, in tal caso, che restringere la sua cognizione alla pura determinazione del danno, senza potere ordinare la demolizione dello stabilimento nocivo: ed ove facesse l' opposto, giudicherebbe della validità di un atto amministrativo, invaderebbe ed usurperebbe la potestà d' imperio, anzi si renderebbe a questa superiore.

728. E qui han luogo i medesimi principî sviluppati nei precedenti §§ CLXXXIX e seguenti, nei quali, parlandosi in generale delle azioni per danni tra i ripuarî dei fiumi pubblici, per opere edificate dall' uno di essi, si è veduto, che se in mancanza di un atto amministrativo la demolizione rientra essenzialmente nella competenza ordinaria, quando poi sievi un atto dell' amministrazione autorizzante l' opera che si pretende sopprimere, il giudizio debbe di necessità scindersi. La demolizione dell' opera dannosa non può in tal caso impetrarsi, che dalla stessa autorità che ne ha permesso l' esistenza, cioè dall' amministrazione; e neppure potrebbe esser domandata nella forma contenziosa, ma per via di reclamo, perciocchè l' atto di autorizzazione, come atto d' imperio, non va soggetto a giudicatura.

729. Nè occorre qui ripetere, che dovendo il giudice civile restringere la sua cognizione alla pura determinazione del danno, il giudizio da emettersi su tal domanda non può esser sospeso, nè dipendere dall' esito del reclamo per demolizione, che si fosse per avventura presentato all' autorità amministrativa. L' una cosa non ha nulla di comune con l' altra: se anche il reclamo non venisse accolto per motivi di pubblico interesse, che rendessero necessaria l' esistenza dell' opificio che si pretende nocivo, non per questo lascerà meno di esser dovuto il danno effettivo che da esso è prodotto.

## §. CCXCVII.

*Quando la valutazione del danno traesse una quistione di legalità o di senso dell'atto, cesserebbe la competenza ordinaria: non così se l'esame cade sulla esecuzione dell'atto.*

730. Anche però in questa ristretta cognizione del danno cagionato dall' opificio, non vi è dubbio, che se la sua valutazione dipendesse da una quistione di senso o di interpetrazione dell' atto di autorizzazione, il giudice civile non potrebbe pronunziare se non dopo che il giudice amministrativo abbia deciso questa quistione pregiudiziale. Ciò è una conseguenza del principio, che i tribunali non son giudici nè del carattere, nè dell'autorità, nè del senso, nè degli effetti degli atti amministrativi, nè quindi potrebbero annullarli, modificarli, interpetrarli, o sospenderne la esecuzione direttamente o indirettamente, senza violare il canone fondamentale della reciproca indipendenza, principio il quale è stato già abbastanza chiarito nei precedenti capitoli, da rendere inutile ogni altro sviluppo.

731. E sempre per una conseguenza dello stesso principio, è indubitato anche che non potrebbe il giudice civile, investito di una azione per danni, interdire l'esercizio o il modo di esercizio di una industria autorizzata, sul pretesto che l' atto di autorizzazione non sia stato dato nelle forme legali. Con ciò esso giudicherebbe della legalità dell' atto, e potrebbe annullarlo indirettamente: la qual cosa esce fuori la sfera delle sue attribuzioni.

732. Sarebbe però ben diverso il caso, ove il giudice civile, nella valutazione del danno, scendesse ad esaminare se le condizioni sotto le quali è stato fatto o dato l' atto di autorizzazione amministrativa, sieno state adempiute ed eseguite. In tal caso non vi sarebbe incompetenza, perchè allora non ci ha nè interpetrazione, nè modificazione dell'atto amministrativo, nè quistione di legalità o di

validità, ma nn esame che versa sulla pura esecuzione dell' atto, esecuzione per la quale non è incompetente il giudice ordinario, come abbiamo di sopra veduto, e come risulta dalle massime già fermate dalla giurisprudenza ( V. C. di Bourges 7 maggio 1831, *Herrison)* (1).

## §. CCXCVIII.

### *Per quali danni si può avere azione? — Distinzione tra il danno materiale e la semplice diminuzione di lucro. Rinvio.*

733. Un' ultima indagine sta nel determinare fin dove si estende la competenza dei tribunali, circa la valutazione dei danni che si dicono prodotti dall' opificio autorizzato incomodo o insalubre; vale a dire, se esso abbia potestà di giudicare e valutare ogni specie di danno. Sul proposito occorre fare quella stessa distinzione già accennata nei precedenti §§ CLXXVII e seguenti, tra la lesione o i guasti materiali nella proprietà, e la diminuzione o privazione di un lucro. Nel primo caso non vi ha dubbio, che ogni guasto, ogni nocumento materiale, capace di valutazioue, può dare ingresso ad un' azione giudiziaria. Non così poi nel secondo caso, nel quale non può darsi luogo che ad una pura ingerenza amministrativa, e non mai dirsi ammissibile un' azione innanzi ai tribunali ordinarî.

734. Ciò si verifica specialmente nel caso di concorrenza, quando cioè, nell' esistenza di un precedente opificio industriale, un altro individuo edifichi in virtù di un atto di concessione amministrativa un secondo opificio della medesima specie, e con ciò cagioni non già un danno materiale alla proprietà del primo, ma unicamente quel danno che patisce un imprenditore dalla concorrenza di un altro nella stessa industria e nella stessa fabbricazione: in tal caso,

(1) Journ. du Pal., *anno citato.*

la semplice diminuzione o privazione di lucro derivante da tale concorrenza non potrebbe dare ingresso ad un'azione giudiziaria. Qualunque sia il danno ch'egli soffra in ordine ai benefici di cui godeva per lo innanzi, e di cui rimane privo per effetto della nuova costruzione che l'altro ha dritto di eseguire in virtù della concessione, non potrebbe querelarsene; perciocchè tutt'i dritti deggiono avere una coesistenza ed un esercizio simultaneo, nè quindi la sua facoltà legale, esercitata con precedenza di tempo, ma senza privilegio di esclusione, potrebbe estendersi sino al punto da impedire ad altri l'esercizio di un dritto identico. Chiuso l'adito ad un'azione giuridica, la sola via che rimarrebbe aperta all'antico possessore, ove ne fosse il caso, sarebbe quella del reclamo innanzi alla stessa autorità amministrativa; e ciò solo quando potesse dimostrare, che lo stabilimento del nuovo opificio cagiona o cagionerebbe un danno generale. Allora l'amministrazione, valutatrice ed arbitra dell'utilità generale e collettiva, potrebbe in vista di tale interesse inibire il proseguimento o l'esercizio del nuovo stabilimento, secondo che tal reclamo fosse o pur no ben fondato.

## §. CCXCIX.

*Nell'idea del danno materiale va compreso ancora il depreziamento di valore della proprietà.*

735. Ma se ciò non può essere obbietto di ulteriore discussione, più dubbiosa è però la quistione dibattuta dagli scrittori per determinare, se la competenza dei tribunali circa la valutazione dei danni si estenda non solo ai danni materiali, ma ancora alla minorazione di valore fondiale che i vicini pretendono aver sofferto nelle loro proprietà per la prossimità dell'opificio autorizzato.

736. Se si consulta la giurisprudenza del Consiglio di Stato in Francia, si scorge aver esso deciso più volte, che sia contrario alla regola sulla separazione del potere amministrativo e giudiziario, con-

cedere ai tribunali la facoltà di giudicare sulla minorazione di valore prodotto alle proprietà limitrofe dalla formazione di un opificio insalubre o incomodo: esso loro accorda soltanto la valutazione dei danni materiali (V. Ord. 15 dec. 1824 *Lez*, e 27 dec. 1826 *Lebel*) (1). La quale distinzione è approvata da Trebuchet (p. 98), e da Cormenin (t. 1.° p. 258). Ma a me pare che questa distinzione sia mal fondata, e poggi sopra un puro giuoco di parole. In effetti, sia che si tratti di un guasto fisico alla proprietà, sia di una diminuzione del suo valore, ci ha in ambo i casi un danno *materiale* nel senso proprio della voce, perchè in ambo i casi vi è depreziamento del suo valore intrinseco; dunque sì nell' uno che nell' altro debbono esser competenti i tribunali. Invano direbbesi che l' amministrazione, nell' autorizzare la formazione dello stabilimento, ha essa stessa pronunziato sulla quistione di depreziamento fondiale delle proprietà limitrofe, ed abbia implicitamente deciso che non ve ne fosse alcuno. Non solamente ciò non si può stabilire per via di induzioni, ma debbe dirsi ch' essa non ne avrebbe la facoltà; perciocchè, non può essa compromettere o giudicare i dritti privati degl' individui, che stanno sotto la tutela della potestà di giurisdizione e fuori la potestà d' imperio. Essa non può stipulare nè operare che nell' interesse generale, di cui è custode e sorvegliatrice, e sempre sotto la condizione *salvo jure alieno*. È appunto per tal principio, che un arresto della cassazione di Parigi del 3 maggio 1827 (2) rigetta tale distinzioue come illegale.

(1) Iurispr. Adm. *anni citati.*

(2) Iourn. du Pal. *anno citato.*

# PARTE SECONDA

## PRINCIPJ REGOLATORI

DEI

## CONFLITTI DI ATTRIBUZIONE

# TITOLO UNICO

## IMPORTANZA, PROCEDIMENTO, DECISIONE ED EFFETTI DEI CONFLITTI DI ATTRIBUZIONE.

## CAPO PRIMO

### IDEE PRELIMINARI SULLA IMPORTANZA DEI CONFLITTI E DELLE LORO FORME.

§. *CCC. — Differenza tra i conflitti di giurisdizione e quelli di attribuzione.*

§. *CCCI. — La legislazione su i conflitti di attribuzione è la sanzione del principio di separazione tra le due gerarchie amministrativa e giudiziaria.*

§. *CCCII. Le forme di procedimento pei conflitti di attribuzione sono di dritto e di ordine pubblico.*

§. *CCCIII. — A chi la legge affida la potestà di elevare i conflitti secondo le forme volute.*

§. *CCCIV. — L' autorità giudiziaria può soltanto provocare un conflitto, ma non ha potestà per elevarlo.*

§. *CCCV. — In qual senso debba intendersi l' obbligo di elevare il conflitto da parte dell' Intendente.*

§. *CCCVI. — A chi si appartenga decidere su i conflitti di attribuzione.*

§. *CCCVII. — Quale sia la natura speciale dell' atto con cui si scioglie sovranamente il conflitto.*

§. *CCCVIII. — Specie e dominazioni dei conflitti di attribuzione.*

§. *CCCIX. — Testo del decreto del 16 settembre 1810.*

§. *CCCX. — Testo del decreto del dì 8 ottobre 1825.*

## §. CCC.

*Differenza tra i conflitti di giurisdizione e quelli di attribuzione.*

737. La voce conflitto, siccome è manifestato dalla sua stessa etimologia latina, *conflictus*, dinota una lotta o una controversia nata tra due autorità o tra due corpi appartenenti alla medesima gerarchia, o a due gerarchie distinte, e di natura diversa, che ambedue pretendono aver potestà sopra un medesimo affare. Questa sua significazione generica si applica più specialmente alle collisioni nate tra le autorità contenziose, sia che queste appartengano ad un medesimo ordine di giudicatura, sia che dipendano da ordini separati.

738. Allorchè il conflitto sorga tra due magistrature di una medesima gerarchia, come sarebbero per esempio due tribunali dell' ordine giudiziario, prende il nome di conflitto di *giurisdizione*, perchè versa sulla competenza rispettiva di due autorità appartenenti ad uno stesso genere. Se poi abbia luogo tra due magistrature di generi diversi, come sarebbe un tribunale civile ed un consiglio d' intendenza, allora prende il nome speciale di conflitto di *attribuzione*.

739. Queste due specie di conflitti, in quanto alla loro natura ed ai loro effetti, sono ben diversi tra loro. Il conflitto di semplice giurisdizione viene sciolto e deciso da quel tribunale o da quella corte che è il superiore immediato e comune delle due autorità che si sono poste in collisione, ossia che trovansi in conflitto. Ed ove questi tribunali non abbiano altro superiore immediato e comune, che la Suprema Corte di giustizia, diviene questa sola competente a pronunziare sulla istanza per regolamento di competenza. Nè può certamente esservi nulla di più semplice e di più razionale, quanto questa regola di competenza e di procedimento; perciocchè, la corte o il tribunale chiamato a sciogliere

il conflitto di giurisdizione, non fa che usare di un dritto di annullamento o di riforma che naturalmente debbe esercitare per la stessa natura delle sue funzioni su i tribunali a sè inferiori.

740. La materia del conflitto di semplice giurisdizione esce fuori il campo della nostra trattazione: a noi basta aver quì indicato il carattere generale che lo distingue da quello di attribuzione. Il solo obbietto di questo titolo, e che per la sua importanza strettamente si collega con questo lavoro, è il conflitto di attribuzione tra le autorità del contenzioso ordinario e quelle del contenzioso amministrativo; ed è di questo che vedremo qui per sommi capi la importanza, le forme, il modo di decisione, e gli effetti.

## §. CCCI.

### *La legislazione su i conflitti di attribuzione è la sanzione del principio di separazione tra le due gerarchie amministrativa e giudiziaria.*

741. Il principio fondamentale, organico e costitutivo delle due gerarchie amministrativa e giudiziaria, sta, come altrove si è cennato, nella loro compiuta separazione e reciproca indipendenza; l' imperio e la giurisdizione formano le due parti massime in cui si divide e distingue la funzione esecutiva del potere pubblico dello Stato: dell'uno è investita la gerarchia amministrativa, dell' altra la giudiziaria. Ora, esigenze di ordine pubblico, motivi di altissimo interesse comandavano imperiosamente che fosse mantenuta per tutte le vie una tale divisione e separazione di queste due parti della funzione esecutiva, dalla quale procede l'armonia nell' azione governativa e nella vita pubblica. Onde l' aforisma ricevuto nelle scuole e tramandatoci dalle leggi romane, ha formolato questo principio di separazione in quel canone, *ea quae sunt imperii non sunt jurisdictionis*; canone che inchiude di ne-

cessità l' affermazione del principio inverso, vale a dire, *ea quae sunt jurisdictionis non sunt imperii*. Tanto adunque vale il dire, che tutto ciò ch' è oggetto d' imperio non può essere oggetto di giurisdizione, quanto vale l' affermare, che tutto quello ch'è oggetto di questa non può essere oggetto di quello: ciascuna di queste due formole contiene la verità della sua contraria.

742. Abbiamo anche detto, che da sì fatta separazione dovea necessariamente e logicamente derivare la giurisdizione amministrativa. La potestà d' imperio, ossia l'azione amministrativa, operando in vista sempre di un interesse collettivo o generale, per raggiungere o adempiere tutti quei pubblici servigi che costituiscono i fini dell' amministrazione civile o di stato, si scontra bene spesso con interessi o dritti individuali, che possono essere vulnerati in questo suo movimento. Se dunque l' azione amministrativa, la quale dee procedere con una attività tutta libera, spontanea, celerissima, avesse dovuto esser sottoposta al potere giudiziario per rimuovere gli ostacoli che i dritti o interessi individuali possono frapporvi, avrebbe perduta ogni sua libertà di movimento ed ogni indipendenza, la cui inviolabilità costituisce la base fondamentale del suo ordinamento gerarchico. Onde l'azione amministrativa dee costare non soltanto dell' imperio mero, ma anche dell' imperio misto, di quello cioè *cui inest jurisdictio*: potestà necessaria, che tende a pronunziare e rimuovere i reclami mossi dagl' interessi individuali repugnanti allo interesse generale. Ed è perciò eziandio che l' azione amministrativa, ossia la gerarchia investita della potestà d' imperio, debb' esser sussidiata ed avere a lato la magistratura amministrativa, distinta dall' ordinaria, per conoscere e pronunziare su tutte le collisioni di dritti, che direttamente interessano la pubblica amministrazione, perchè versano sopra un oggetto o un servigio amministrativo, a norma di quanto abbiamo sviluppato nella prima parte di questo lavoro.

743. La nostra legge del 21 marzo 1817 non fa altro che proclamare il corollario di questo principio di separazione tra la

giurisdizione e l' imperio , quando dichiara con una espressa e solenne disposizione , che debbono esser distinte le materie del contenzioso giudiziario da quelle del contenzioso amministrativo , e distinti i giudici chiamati a pronunziarvi.

744. Ma se per necessità di quel principio l' azione amministrativa trae seco indispensabilmente la giurisdizione, uopo è che questa nei suoi atti si circoscriva negli stretti e rigorosi suoi confini , senza invadere o turbar quella ch' è nella essenza del contenzioso ordinario. Ambedue questi poteri , divisi ma paralleli, nè l' uno all' altro subordinato , debbono procedere senza quegli scontri e quelle lotte giuridiche, le quali rendendo incerto l' esercizio dei dritti individuali, turbano ad un tempo l' azione governativa, rompono l' armonia vicendevole delle pubbliche funzioni. A garentir quindi la reciproca indipendenza delle due gerarchie , a mantener saldi ed inviolati i rispettivi limiti giurisdizionali , sta la legislazione su i conflitti di attribuzione , parte essenzialissima del dritto pubblico dello stato , e che ragguardata nel complesso delle sue disposizioni costituisce la sanzione del principio di separazione tra queste due parti della funzione esecutiva del potere pubblico. Tale è la importanza della legge su i conflitti ; nè debbe quindi perdersi di vista questa sua importanza , nell' esaminare e svolgere le sue varie disposizioni e le conseguenze che ne derivano.

## §. CCCII.

### *Le forme di procedimento pei conflitti di attribuzione sono di dritto e di ordine pubblico.*

745. Primo corollario che deriva dall' enunciato principio è , che le forme stabilite dalla legge pel procedimento e scioglimento dei conflitti , sono di ordine pubblico , e quindi di stretto dritto. In effetti , il procedimento di conflitto può riguardarsi come un complesso di forme probatorie per la esistenza legale del conflitto

ziali, rigorose, solenni e di stretto dritto: la loro inosservanza, togliendo ogni carattere di legalità alla dichiarazione di conflitto, lo spoglierebbe dei suoi effetti giuridici, nè potrebbe in conseguenza aver l'efficacia di sospendere o render nulli gli atti del tribunale che trovasi investito della contesa. Ciò trovasi anche implicitamente confermato dalla formale disposizione dell' art. 11 della legge del 16 settembre 1810 su i conflitti, ov' è dichiarato che le contravvenzioni ad essa legge, *portano seco loro la pena della destituzione*; ed è anche rifermato da vari rescritti di massima, di cui avrò occasione di far cenno in seguito.

748. Soggiungo in ultimo che questo principio non incontra alcun dubbio presso gli scrittori della materia, i quali concordemente son di avviso, che l'inadempienza delle forme e dei solenni prescritti pei conflitti, o anche l' inosservanza dei termini, è una tra le cause di decadenza dal dritto di proporli ed elevarli; e la ragione che se ne adduce, è appunto quella, che la procedura dei conflitti è un procedimento di ordine pubblico (1).

## §. CCCIII.

### *A chi la legge affida la potestà di elevare i conflitti secondo le forme volute.*

749. Se la separazione tra le funzioni rispettive delle due gerarchie strettamente si collega con l' ordine e l' interesse pubblico, segue che l' atto con cui si dichiara lo stato di collisione, e col quale si rivendica la competenza in una materia per la quale l'una di esse abbia ecceduto i propri poteri, è un atto di suprema amministrazione; e come tale non può essere esercitato, se non da quell' autorità ch' è investita della potestà d' imperio.

750. Prima che fosse pubblicata la legge del 1810, manca-

(1) V. Laferriere, *Droit publ. et admn.*, t. 2 p. 735.

vamo di una disposizione apposita che avesse regolato il modo ed il procedimento per elevare e decidere il conflitto, nato tra magistrature di ordini diversi. Questa mancanza nasceva principalmente dal non essersi ancora nè sentita, nè praticata nel sistema organico dello stato, la separazione che dovea intercedere tra l'amministrazione e la giudicatura, tra l' imperio e la giurisdizione; e solo quando lo sviluppo compiuto delle funzioni esecutive del potere pubblico ne ha fatto avvertire la necessità, vi si è provveduto con la cennata legge del 1810. E poichè abbiam detto esser l' atto di elevazione del conflitto una funzione essenzialmente d' imperio, non può in conseguenza esser legalmente esercitata che dal solo funzionario cui la potestà d' imperio è attribuita: onde la detta legge del 1810 dichiara che al solo intendente spetti rivendicar la competenza ed elevare il conflitto. La qual cosa si rileva non solamente dal complesso di tutte le sue disposizioni, ma da quella specialmente contenuta nell' art. 10, ov' è detto che « tutte le autorità amministrative della provincia, ancorchè non dipendenti dall' amministrazione ordinaria dell' intendente, non potranno suscitar conflitto, se non per di lui solo mezzo. »

751. Da ciò bisogna primamente conchiudere, che il conflitto non potrebb' essere elevato nè dichiarato dai consigli d' intendenza. Questa ch' è una conseguenza necessaria della disposizione testuale della legge ora trascritta, si giustifica ancora in forza del principio dottrinale; perciocchè i consigli d' intendenza sono dei collegi giudiziari o magistrature amministrative, e come tali investiti di una speciale potestà di giurisdizione, ma di niuna funzione dell' amministrazione attiva. Non possono dunque fare un' atto ch' è parte essenziale della potestà d' imperio. — La stessa conseguenza è applicabile ancora ai ministri, sebbene per una ragione diversa. Questi supremi funzionari sono investiti, non vi ha dubbio, di un' alta potestà d' imperio, ma questa potestà consiste principalmente in un' azione tutta di governo generale, anzichè in un' azione puramente amministrativa. I soli intendenti, come

primi funzionari attivi dell' amministrazione territoriale e non centrale dello stato, sono i custodi necessari e naturali delle rispettive giurisdizioni e competenze di tutte le autorità del proprio territorio; e per conseguenza han soli potestà di esercitare quest' azione vindicatoria, e sottoporne la decisione al governo centrale dello stato.

## §. CCCIV.

### *L' autorità giudiziaria può soltanto provocare un conflitto, ma non ha potestà di elevarlo.*

752. Ma l' autorità giudiziaria potrebbe mai rivendicar per sè la cognizione di un affare di sua competenza, prodotto innanzi all' autorità amministrativa, ed elevare essa medesima il conflitto?— La soluzione di un tal quesito non può esser dubbioso. A primo tratto può credersi, che se l' amministrazione può rivendicare gli affari amministrativi di cui sonosi impossessati i tribunali, la separazione dei poteri amministrativo e giudiziario potrebbe condurre a concedere un egual dritto all' autorità giudiziaria per gli affari di sua giurisdizione portati innanzi ai collegi amministrativi. Ma ciò non sarebbe secondo i principi ora cennati. Osserviamo primamente, che niuna disposizione di legge conferisce un simigliante dritto all' autorità giudiziaria: in secondo luogo poi un tal diritto ripugna alla natura stessa del potere giudiziario, il quale non è attivo per sua essenza, e che debbe limitarsi a pronunziare sulle sole controversie di cui trovasi investito. Ora, abbiam detto che l' esercizio del conflitto e la sua legale elevazione costituisce un' azione rivindicatoria dipendente essenzialmente dalla potestà d'imperio, e che non può quindi essere adempiuta ed esercitata se non da colui che rappresenti questa potestà d' imperio. Dunque i tribunali, come investiti della sola potestà di giurisdizione, non hanno facoltà nè missione per elevare un conflitto: possono, non vi

ha dubbio, provocarne la legale dichiarazione dall' intendente, ma non già procedere essi stessi ad una dichiarazione che uscirebbe dalla sfera e dalla natura della loro potestà.

753. Sul proposito diremo, che in Francia un tal punto non è dubbioso, perciocchè la giurisprudenza sebbene non abbia giudicata questa quistione in tesi generale, l' ha implicitamente risoluta per la negativa, come può rilevarsi da una decisione del Consiglio di Stato del 3 luglio 1822, *Chalette (1)*. — Soggiungiamo per ultimo che tra noi non può nascere un tal dubbio a fronte della formale disposizione dell' art. 10 del cennato decreto del 1810, ove si dichiara che niuna autorità possa elevar conflitto, se non pel solo mezzo dell' intendente.

## §. CCCV.

### *In qual senso debba intendersi l' obbligo di elevare il conflitto da parte dell' intendente.*

754. Un altro dubbio può nascere per sapere se l'intendente possa negarsi ad elevare il conflitto, allorchè ne venga legalmente richiesto da quella magistratura che crede usurpata in suo danno la competenza dall' altra. Un tal dubbio non può risolversi, se non facendo una distinzione necessaria. Dal complesso di tutte le disposizioni del decreto del 1810 si ha, che la legge ha voluto costituir l' intendente come giudice supremo della convenienza ed opportunità della elevazione del conflitto: ma ciò nel senso, ch'egli possa o pur no elevarlo, secondo che stimi male o ben fondata la deliberazione di competenza emessa dal tribunale ordinario: in questo senso la elevazione del conflitto è una facoltà, e non un obbligo da parte di lui. Quì due casi possono figurarsi, cioè, o che l' intendente proponga egli la declinatoria al tribunale ordina

(1) Journ. du Pal., *Iurisp. adm.* anno citato.

rio per un affare di cui questi siesi già impossessato, ovvero che il tribunale ordinario sia quello che rivendichi da lui la cognizione di una causa già proposta innanzi al giudice amministrativo. In ambo, se valutando le ragioni sulle quali il giudice ordinario poggia la sua competenza, si convinca egli del loro fondamento, non potrebbe essere astretto ad elevare il conflitto contro il proprio convincimento, anche quando il giudice amministrativo persistesse nel credersi competente; perciocchè non è al giudice amministrativo, ma al solo intendente che la legge ha voluto attribuire la potestà di procedere ad una tale valutazione. — Ma se per l'opposto egli creda mal fondata la deliberazione di competenza o la rivendicazione che pretende farne il giudice ordinario, diventa allora necessaria ed obbligatoria la elevazione del conflitto. L'intendente allora esercita, per dir così, un ministero passivo; vale a dire, non fa che assodare ed autenticare con la sua solenne dichiarazione la esistenza di un fatto di collisione tra i due poteri, affinchè da quel punto sia sospeso ogni procedimento sì dell'uno che dell'altro, sino a che il conflitto sia sciolto dalla sovrana decisione.

## §. CCCVI.

### *A chi appartenga decidere su i conflitti di attribuzione.*

755. Queste lotte di attribuzioni, che sotto il nome di conflitti s'ingenerano tra l'amministrazione ed il potere giudiziario, per un principio di ragion pubblica deggiono essere e sono riserbate alla sola decisione del Capo dello Stato nel suo consiglio. In effetti, se la giudicatura e l'amministrazione sono tra loro separate ed indipendenti, uopo è che le loro collisioni vengano decise da un'autorità ad entrambe superiore. La necessità delle cose adunque impone di risalire al Re, al Supremo regolatore delle competenze, al principio stesso d'onde emana ogni giustizia sociale, e da cui prende vita la delegazione dei poteri delle due gerarchie,

per ristabilire l'ordine turbato delle giurisdizioni, e diffinire a chi si appartenga di giudicare su i dritti dei contendenti. Un tal principio non può al certo incontrare veruna difficolià; ed è perciò che l'art. 9 del detto decreto del 1810 riserba al Re la decisione del conflitto di attribuzione, inteso il consiglio di Stato.

756. Se non che soggiungiamo, che alla decisione del conflitto che il Re fa nel suo consiglio di Stato, debbe ancora precedere l'avviso della R. Consulta, e ciò a norma del reale rescritto del 7 settembre 1824 emesso dalla presidenza del consiglio dei ministri, e diretto al ministro Segretario di stato di Grazia e Giustizia, con cui si prescrisse quanto segue: — « Per rendere più » semplice il procedimento e più assicurato il giudizio sulle qui- » stioni di competenze giurisdizionali da rimettersi allo esame del- » la consulta, giusta l'art. 15 della legge organica della mede- » sima, vuole il Re che tutt'i rapporti siguardanti tali quistioni » sieno rimessi a cotesto ministero, da cui saranno inviati alla di- » scussione della consulta; e per lo di cui stesso canale gliene sa- » ranno presentati i relativi pareri. Nel real nome lo partecipo, ecc. »

## §. CCCVII.

### *Quale sia la natura speciale dell' atto con cui si scioglie sovranamente il conflitto.*

757. Più dubbioso può essere il diffinire quale sia la natura propria dell' atto con cui il Snpremo imperante pronunzia sullo scioglimento del conflitto a pro dell' una o dell' altra gerarchia; se sia cioè una decisione contenziosa, ovvero un atto di alta amministrazione. Può dirsi che la suprema dichiarazione sulla competenza debb' esser provocata da una collisione già sorta, e già assodata legalmente; che debb' essere preceduta da una istruzione e da un procedimento nelle forme giuridiche, compilato dall' auto-

rità delegata a tale ufficio, cioè dall' intendente; che quindi la dichiarazione del Re non è un atto di amministrazione spontanea, nè l' esercizio di quell' alta azione amministrativa a lui riserbata, ma invece un atto di amministrazione contenziosa, una decisione nell' ordine più elevato di cose e d' idee.

758. Nulla di meno, quantunque queste considerazioni possano esser vere sotto un certo aspetto, non può negarsi che bene esaminando la cosa, debbe dirsi non esser la materia puramente contenziosa. Ed in fatti, quale è mai l' interesse dominante nel caso in cui si eleva dall' amministrazione un conflitto di attribuzione? Allorchè il tribunale dichiara la propria competenza sopra un dato affare, la rivindicazione che ne promuove l' autorità amministrativa stabilisce una lotta tra le due potestà, lotta che interessa direttamente e principalmente l' ordine sociale. Debbesi prontamente ristabilire l' ordine delle giurisdizioni, turbato dalla collisione delle due autorità rivali. Non ci ha dubbio, che le parti private, impegnate nella contesa formante obbietto della collisione di competenza, sono anche interessate in questa lotta. Ed importa ad ambedue, o almeno all' una di esse, di esser giudicata dal tribunale ordinario, piuttosto che dall' amministrativo, o viceversa. Ambedue le parti dunque hanno interesse e qualità per intervenire nella lotta dei due poteri, e per fare istanza che la competenza sia dell' uno, sia dell' altro, venga riconosciuta e dichiarata dal Re nel suo consiglio; perciocchè, in ultimo risultamento, è sempre la loro contesa sulla quale trattasi in realtà di pronunziare.— Ma l'interesse privato quì non è che secondario nella discussione sorta tra le due autorità, le quali si disputano la competenza. In realtà è l' interesse sociale che predomina sull' interesse privato; perciocchè, trattasi meno, per risolvere la quistione, di prendere in considerazione l' interesse delle parti contendenti, quanto di consultare le regole fondamentali sulla separazione dei poteri amministrativo e giudiziario. Se le parti sono economicamente ammesse a presentare le loro osservazioni, ciò è per preparare con ma-

turità la sovrana decisione sulla quistione di competenza: ma la decisione che regola il conflitto non giudica sul merito della contesa, anzi le lascia intatto, nè pronunzia che sulla sola quistione di competenza. Adunque, volendo parlar con esattezza, non è una sentenza che il Re emette nel suo consiglio; ma è piuttosto un atto di alta amministrazione, col quale si dichiara unicamente che la tale materia sia di competenza dell' una o dell' altra gerarchia.— A ciò si aggiunga, che la legge regolatrice dei conflitti stabilisce la istruzione in una forma tutta amministrativa; e perciò mal direbbesi assolutamente contenzioso l' atto con cui si decide sul conflitto, dopo compiuta una tale istruzione. Laonde, sarà più esatto il dire, che ravvisandosi in questo atto di suprema decisione, per un lato i caratteri di un atto di alta amministrazione, e per un altro quelli di un atto contenzioso, debba ritenersi come di un' indole essenzialmente mista, perchè partecipante dell' uno e dell' altro (1).

## §. CCCVIII.

### *Specie e denominazioni dei conflitti di attribuzioni.*

759. Il conflitto di attribuzione prende diverse denominazioni, secondo i diversi modi coi quali si manifesta. La prima sua divisione è in conflitto positivo e conflitto negativo. Dicesi positivo quello che avviene, allorquando sì l' autorità amministrativa che la giudiziaria si credano ambedue competenti a procedere, e s'impossessino perciò dello stesso affare. Dicesi poi negativo quello col quale ciascuna delle due autorità, reputandosi incompetente, ricusa d' impossessarsi della contesa.

760. Il conflitto positivo poi è suscettivo di un' altra suddi-

(1) Possono sul proposito riscontrarsi anche gli scrittori Francesi, fra cui Serrigny, n. 158 vol. 1.

visione, secondo che avviene per collisione di poteri, o per avocazione. Dicesi conflitto per collisione, quello che avviene quando ambedue le magistrature, impossessatesi di uno stesso affare, emettono ciascuna la rispettiva deliberazione sulla propria competenza: in tal caso dopo le reciproche dichiarazioni delle due potestà giudiziarie, non deesi fare altro, che accertare autenticamente il conflitto mediante l' ordinanza che ne dichiara legalmente la esistenza. Il conflitto per avocazione poi è quello col quale, non essendovi veruna collisione reale, dappoichè la competenza spiegata da un' autorità non viene contradetta dall' altra, pure viene elevato di ufficio dal funzionario pubblico delegato dalla legge a mantenere inviolati i limiti di ogni potere giurisdizionale. Ben s' intende, come di sopra si è detto, che una tale avocazione si esercita dall' intendente; ma può essere ancora provocata presso di lui dal Procuratore del Re, il quale, allorquando una contesa di competenza ordinaria trovasi intentata innanzi al giudice amministrativo, può reclamare la competenza del potere giudiziario, e quindi provocare la dichiarazione del conflitto. — Noi dunque ci occuperemo dapprima del conflitto positivo, e poscia del negativo.

## §. CCCIX.

### *Testo del decreto del 16 settembre 1810.*

761. Ma innanzi di sviluppare i principî che regolano la istruzione e la decisione dei conflitti, non sarà inutile porre sott' occhio i due atti legislativi, concernenti la materia, cioè il decreto del 1810 e quello del 1825. — Il primo di essi è del tenore seguente:

« Considerando che le collisioni di potere fra le diverse au-
» torità dello Stato turbano l' ordine pubblico e tendono a surro-
» gare alla esecuzione delle leggi l' arbitrio dei funzionarî; — Con-
» siderando che niuna collisione di potere è più pericolosa di quel-

» le che sorgono fra l'ordine giudiziario e l'amministrativo, per-
» chè tendono o a turbare e paralizzare l' amministrazione, o a
» compromettere la sicurezza della proprietà e delle persone, ch'è
» il primo bene che noi vogliamo assicurare ai nostri amatissimi
» sudditi ; — Volendo efficacemente provvedere ad ogni disordine
» con una regola, che fermi il passo alle autorità nel punto do-
» ve esse si urtano ; — Veduto l' art. 14 del nostro decreto del
» 24 ottobre 1807 ; — Sul rapporto del nostro ministro dell'In-
» terno, abbiamo decretato e decretiamo quanto segue.

» Art. 1. — Il conflitto fra le autorità giudiziarie e le am-
» ministrative sospende il corso dell' una e dell'altra fino alla no-
» stra decisione.

» 2. — Vi è conflitto quando entrambe le autorità s' impa-
» droniscono dello stesso affare, ed avvertite della collisione, con-
» tinuano ciascuna a sostenerlo come di propria competenza.

» 3. — La sospensione, che porta seco il conflitto, fa rima-
» nere le cose nello stato in cui esse trovansi nel momento in cui
» il conflitto è notificato. Ogni atto fatto dopo notificato il con-
» flitto è nullo insanabilmente.

» 4. — Gl' Intendenti, quando saranno avvertiti, che un af-
» fare di competenza delle autorità amministrative è portato in-
» nanzi ad un tribunale o ad altra autorità giudiziaria inferiore,
» richiederanno i procuratori presso i rispettivi tribunali di rimet-
» terlo alle autorità amministrative competenti. Ciascun procuratore
» regio è tenuto, non solo di promuovere subito una decisione del
» tribunale sull' allegata incompetenza, ma di fare ancora inserire
» nella decisione le sue requisizioni.

» 5. — Se il tribunale crederà di non dover rimettere l'affare
» alle autorità amministrative, che lo hanno reclamato, il procu-
» ratore regio sarà tenuto d' informarne subito l' intendente.

» 6. — I nostri procuratori, anche non richiesti da alcuno
» sono tenuti di domandare di uffizio che si rimettano all'autori-
» tà amministrativa competente gli affari, che essi non crederan-

» no della competenza del proprio tribunale. Dovranno anche in » tali casi prevenire subito gl' intendenti delle decisioni, che i tri- » bunali facessero contro le loro requisizioni.

» 7. — Gl' Intendenti avvertiti delle sentenze, con le quali i » tribunali si dichiareranno competenti in affari amministrativi, da- » ranno fuori una loro determinazione motivata, con la quale di- » chiarano che vi è conflitto. Trasmetteranno ai procuratori regi » una tale determinazione, perchè la notifichino ai tribunali, i » quali da quel momento debbono sospendere ogni altro procedi- » mento.

» 8. — Quante volte i tribunali saranno informati, che l'au- » torità amministrativa si è impadronita di una materia che non » le appartiene, possono dichiararsi competenti e significarlo su- » bito all' intendente per mezzo del procuratore regio. Le autori- » tà giudiziarie inferiori non possono farlo, se non che previa una » decisione del tribunale immediato, e per mezzo dello stesso pro- » curatore regio. L' intendente dalla sua parte, quando non cre- » de fondato il procedimento dell' autorità giudiziaria, può elevare » un conflitto.

» 9. — Gl' intendenti trasmetteranno al nostro ministro del- » l' interno copia autentica della determinazione, con la quale han- » no suscitato il conflitto, insieme coi documenti che possono ser- » vire alla controversia. I procuratori regi ne istruiranno, se lo sti- » mano, il gran giudice. Noi decideremo delle rispettive compe- » tenze, inteso il nostro consiglio di stato.

» 10. — Tutte le autorità amministrative della provincia, an- » corchè non dipendenti dall' amministrazione ordinaria dell' inten- » dente, non potranno suscitar conflitto se non per di lui solo mezzo.

» 11. — Le contravvenzioni alle disposizioni del presente de- » creto, portano seco loro la pena della destituzione ».

## §. CCCX.

*Testo del decreto del dì 8 ottobre 1825.*

762. Talune quistioni però sorte intorno agli stadi del giudizio nei quali potevasi legalmente elevar conflitto, diedero origine al susseguente decreto del 1825, di guisachè quì trascriviamo le brevi disposizioni.

» Art. 1.° — Il conflitto di attribuzione fra le autorità giudi-
» ziarie e le autorità amministrative potrà essere elevato pendente
» il ricorso per annullamento alla Suprema Corte di giustizia, o il
» termine a produrlo.

» 2.° — Allorchè sarà stato risoluto un conflitto di attribuzio-
» ne nel giudizio di terza opposizione, l' esame da farsi dalla nuo-
» va autorità, cui l' affare sarà rinviato, dovrà essere ristretto al
» solo interesse del terzo, tranne il caso della individuità della cau-
» sa, come di dritto.

» 3.° — Le disposizioni contenute nei due articoli precedenti
» sono considerate formar parte integrale di quelle, che determina-
» no il modo della elevazione dei conflitti di attribuzione tra le au-
» torità giudiziarie e le autorità amministrative ».

# CAPO SECONDO

## DEL CONFLITTO POSITIVO E DELLA SUA ISTRUZIONE.

### SEZIONE 1.ª

Forme del conflitto e loro necessità.

§. *CCCXI. — Forme di procedimento per la elevazione del conflitto, e loro distinzione.*

§. *CCCXII. — Nullità implicita derivante dalla omissione di tali forme.*

§. *CCCXIII. — Se possano gli stessi tribunali aver potestà per giudicare sulla nullità dell' atto di conflitto, e procedere oltre nel giudizio quando esso sia irregolare.*

§. *CCCXIV. — Quando il conflitto interessi una pubblica amministrazione, gli atti corrispondenti debbono provocarsi dai loro rappresentanti.*

§. *CCCXV. — Tre sono gli atti sostanziali e necessarî di tutto il procedimento relativo alla elevazione del conflitto.*

§. *CCCXVI. — Le forme sostanziali volute dalla legge non possono essere supplite. Conseguenza.*

§. *CCCXVII. — Autorità degli scrittori sul proposito, e giurisprudenza del Consiglio di Stato in Francia.*

§. *CCCXVIII. — La nostra giurisprudenza amministrativa ha proclamato lo stesso principio rigoroso circa la necessità delle forme indicate. Parere del Supremo Consiglio di Cancelleria.*

§. *CCCXIX. — Altro rescritto che consacra il principio medesimo nella causa tra il Marchese Sortino ed il Demanio.*

§. *CCCXX. — Terzo rescritto del 14 maggio 1820.*

## §. CCCXI.

*Forme di procedimento per la elevazione del conflitto positivo, e loro distinzione.*

763. Nel conflitto positivo il procedimento può esser distinto in tre parti separate. La prima concerne la istruzione preparatoria e preliminare per elevare il conflitto; la seconda, la legale dichiarazione di conflitto, mediante la ordinanza che si emette dall' autorità delegata all' oggetto: la terza, la sovrana decisione sul conflitto stesso. In quanto alle due prime parti, abbiamo di sopra riportate le testuali disposizioni del decreto del 16 settembre del 1810 che le prescrivono.

764. Or da tali disposizioni risulta, che tutto il procedimento dee costare delle seguenti formalità ed operazioni, cioè

1.° la proposta di declinatoria che fa l'intendente al tribunale, innanzi a cui pende l' affare litigioso;

2.° il rapporto di quella proposta al tribunale;

3.° la motivata requisitoria del Ministero pubblico su tal proposta;

4.° la decisione del tribunale, il quale dopo avere accuratamente valutati i motivi d' incompetenza manifestati dall' intendente, non che quelli discussi dal ministero pubblico, e quelli che risultano dai documenti presso lo stesso tribunale esistenti, dichiari che la quistione sia di competenza dell' autorità giudiziaria;

5.° comunicazione di questa deliberazione allo intendente da cui parte la proposta di declinatoria, ad oggetto che, riesaminando egli nuovamente i fatti e le ragioni, possa desistere o persistere nel reclamare la competenza amministrativa;

6.° ordinanza dichiarativa del conflitto, quando persista nel credere mal fondata la competenza ordinaria.

7.° da ultimo, notificazione di questa ordinanza al tribunale, il cui effetto è la sospensione di ogni ulteriore procedimento.

## §. CCCXII.

*Nullità implicita derivante dalla omissione di tali forme.*

765. Non bisogna però dimenticarsi, che sebbene nelle disposizioni di quel decreto regolatore dei conflitti non sia espressamente pronunziata la pena della nullità, per la omissione di qualcuna di tali forme, pure la loro inosservanza debbe necessariamente produrre la nullità del conflitto; e ciò come una conseguenza di quanto abbiamo detto di sopra, circa la natura di questo speciale procedimento. Aggiungiamo di più, che il dritto di esercitare questa specie di revindicazione, essendo subordinato a quelle condizioni volute dal decreto regolamentario, segue, che ove manchino tali condizioni, non possa aver luogo l'esercizio dell'azione.

766. Non pertanto, ciò debbe intendersi in un senso ragionevole: non può al certo esser dubbioso, che se l'amministrazione non adempia alle condizioni a lei imposte, debbe riputarsi decaduta dal dritto di rivendicazione; ma se gli agenti dell'ordine giudiziario trascurano dal loro canto di uniformarsi alle obbligazioni che loro sono prescritte dallo stesso decreto del 1810, una tale negligenza non può far perdere all'amministrazione il suo dritto. La colpa dell'autorità giudiziaria non potrebbe attribuire un vantaggio a questo medesimo potere, in detrimento dei diritti dell'autorità amministrativa.

## §. CCCXIII.

*Se possano gli stessi tribunali aver potestà di giudicare sulla validità dell'atto di conflitto, e procedere oltre nel giudizio quando esso sia irregolare.*

767. Si è però mossa la quistione, se allorquando l'ordinanza dichiarativa del conflitto sia irregolare, o perchè non è stata

preceduta dalla proposta di declinatoria, o perchè sia stata omessa qualche altra formalità sostanziale voluta dal decreto del 1810, debba il tribunale sospendere ogni ulteriore procedimento, o possa, giudicando della nullità del conflitto, procedere oltre a giudicar la causa in merito. Per sostenere che i tribunali possano considerar come non avvenuta la ordinanza del conflitto, si dice che la potestà di giurisdizione, quando è legalmente provocata dalle parti, non può essere sospesa nel suo esercizio, se non nei modi e nei casi testualmente dichiarati dalla legge; che se il conflitto elevato dall' intendente ha un tale effetto, ciò però debbe intendersi quando esso sia fatto a norma di quelle condizioni che la legge stessa prescrive, e senza le quali è riputato nullo e non esistente; che quando tali forme sieno state trascurate, l'atto qualificato come ordinanza di conflitto non è tale, ma è invece un atto informe ed illegale che i tribunali possono respingere, perchè lo esercizio della loro giurisdizione può esser sospeso soltanto da un atto legale: che ove non potessero i tribunali esaminare e giudicare di tale nullità, e dovessero necessariamente astenersi dal procedere anche a fronte di un conflitto illegalmente elevato, si darebbe ad un atto illegale la stessa efficacia giuridica dell' atto valido, mentre il legislatore ha espressamente dichiarata la necessità di quelle forme per dirsi esistente un conflitto.

768. Non ostante il peso di queste argomentazioni, l'opinione contraria ci sembra più conforme ai veri principi della nostra legislazione. In effetti, se si consultino le disposizioni del decreto del 1810 nel suo complesso, si vedrà che l' effetto immediato del conflitto è quello di produrre la sospensione, senza che sia lecito al tribunale di scendere ad esaminare il merito e la legalità dell' ordinanza con cui si eleva. Se altrimenti fosse, avverrebbe che l'autorità giudiziaria renderebbesi giudice degli atti dell'autorità amministrativa, con manifesta violazione del principio della loro reciproca indipendenza; e quel ch' è più, giudicherebbe di uno degli atti supremi della potestà d' imperio cui la legge chiama il funzio-

nario amministrativo, qual'è appunto quello avente per iscopo di sospendere, per gravi ragioni di pubblico interesse, il corso della potestà di giurisdizione. Se per regola fondamentale è vietato ai tribunali di assumer potestà di esame e di giudizio su gli atti amministrativi, questa regola diventa di un' applicazione ben più necessaria ed imperiosa quando si tratti dell'atto, con cui si revindicano dall' amministrazione le funzioni a sè esclusive. Ammettere il contrario, significherebbe perturbare tutte le idee di logica e di ordine, e ferire in modo vitale la inviolabilità di quel principio d'indipendenza dell'una gerarchia dall' altra, che forma la base fondamentale dell'organismo politico dei due ordini di funzionarî. Si dice, nè sapremmo negarlo, che dichiarando i tribunali incompetenti a giudicare della irregolarità di un conflitto, ciò tenderebbe a perpetuare gli abusi che nello spirito della legge voglionsi evitare, quelli cioè d' interrompere indefinitamente, e con modo illegale il corso della giustizia nell' interesse privato; specialmente, non essendovi verun termine fatale e di rigore, entro cui debbesi superiormente emettere la decisione sul conflitto. Ciò è un grave sconcio, non v' ha dubbio; è anche un pericolo, se così vuolsi, perchè in realtà gl' interessi privati vengono spesso gravemente compromessi da queste sospensioni indefinite, le quali talvolta non sono sostenute nè dal dritto, nè dalla legalità delle forme. Ma questo sconcio pericoloso non è una ragione che possa far violare ( cagionando un pericolo forse più grave ) il principio della separazione ed indipendenza delle due gerarchie, il quale impone che la giudicatura non possa rendersi superiore agli atti della potestà amministrativa. È a sperare che il legislatore, penetrato dagl'inconvenienti di un tal sistema, voglia riparare al vuoto della nostra legge, stabilendo dei termini fissi entro i quali si debba istruire e decidere il conflitto, a simiglianza di quanto è prescritto da altre legislazioni straniere. Ma sino a che non si rimedii a questa lacuna, non sarà men vero che i tribunali non possono mai giudicare della irregolarità del conflitto senza rovesciare i principî fondamentali sulla teoria dei poteri.

## §. CCCXIV.

*Quando il conflitto interessi una pubblica amministrazione, gli atti corrispondenti debbono provocarsi dai loro rappresentanti.*

769. Veduti questi principî generali, non possiamo omettere, prima di esaminare a che si riducono le forme sostanziali di questo procedimento, di far menzione di una disposizione data nell' interesse delle pubbliche amministrazioni, sul modo di provocare il procedimento del conflitto allorchè la quistione di competenza possa riguardarle. Un avviso dato dal Procurator Generale della G. C. dei conti del 6 giugno 1816, approvato con Ministeriale del Ministro delle Finanze, stabilì, che fermo rimanendo l' obbligo degl' Intendenti e dei regî procuratori di promuovere di uffizio l' incompetenza dei rispettivi poteri giudiziario ed amministrativo, debbano gli atti corrispondenti nell' interesse delle pubbliche amministrazioni essere spinti a cura e diligenza degli agenti di esse. Ecco il tenore di quella disposizione:

770. » Col suo foglio di ieri, nel rimettermi l' annesso rap-
» porto del direttore generale dei demanî, V. E. mi comanda di
» esaminarlo, e di rassegnarle il mio avviso sulle misure ch' egli
» propone, onde far sì che gl' intendenti ed i procuratori regî del
» tribunale civile prendano una parte diretta nelle quistioni di com-
» petenza, che sovente han luogo tra i tribunali stessi ed i consi-
» gli d' intendenza. Che gl' intendenti, richiesti dagli agenti del de-
» manio, debbano provocare dai tribunali il rinvio delle cause at-
» tribuite dalla legge ai consigli d' intendenza, è ciò necessario. È
» ugualmente giusto che i procuratori regî in casi di tal natura,
» debbano promuovere e requirere di uffizio le dichiarazioni d' in-
» competenza, come è dovere dei tribunali di pronunziarle. E fi-
» nalmente ben dice il direttor generale, che l'amministrazione può
» alligare e difendersi per mezzo di semplici memorie, senza l'ob-

» bligo di farsi rappresentare da un patrocinatore. Tutto questo è con-
» forme alle leggi attualmente in vigore, e V. E. può degnarsi (se-
» condo che il direttore propone) di scrivere in tali sensi agl' inten-
» denti delle provincie, e per mezzo del sig. Ministro della Giu-
» stizia ai procuratori regi. — È necessario nel tempo stesso però
» di far sentire agli agenti dell' amministrazione, che l' intervento
» degl' intendenti e dei procuratori regî non li dispensa dal solle-
» citare il corso e l' andamento degli atti, come taluni di essi han-
» no erroneamente creduto, all' appoggio del decreto del 16 settem-
» bre 1810, cagione più frequente del ritardo di tali giudizî. —
» Su di ciò io penso, che la circolare a dirigersi a tutti i sopra-
» mentovati funzionarî debba far sentire i seguenti principî: 1.° Che
» gl' intendenti destinati dalla legge ad essere gli organi di tutte
» le autorità amministrative, nei casi che i tribunali ordinarî s'im-
» padroniscano di cause appartenenti al contenzioso amministrativo,
» non possano rifiutarsi alle richieste degli agenti delle rispettive
» amministrazioni. 2.° Che i procuratori regî, anche non richie-
» sti, sono tenuti di provocar di uffizio dai tribunali rispettivi le
» dichiarazioni d' incompetenza. 3.° Che ferma rimanendo la pre-
» rogativa delle amministrazioni di alligare e difendersi per mezzo
» di semplici memorie, e senza l' intervento dei patrocinatori, gli
» atti debbano essere spinti a cura e diligenza degli agenti di esse ».

## §. CCCXV.

*Tre sono gli atti sostanziali e necessarî di tutto il procedimento relativo alla elevazione del conflitto.*

771. Abbiamo di sopra veduto quale sia la serie delle forme prescritte dal decreto del 1810, per dirsi legalmente elevato il conflitto. Ora soggiungeremo, che gli atti cardinali ed indispensabili di un tal procedimento possono ridursi a tre; vale a dire, 1.° la *proposta di declinatoria*, ch' è l' atto introduttivo e generatore

della sua istruzione e discussione preparatoria tra i due poteri in collisione; 2.° la *deliberazione* del tribunale sulla proposta, che debb' esser motivata su tutti gli elementi di fatto e di dritto giustificanti la competenza; 3.° la formale *ordinanza dichiarativa* di conflitto, che costituisce il documento pubblico ed autentico della sua legale esistenza, e che segna il momento da cui comincia la sospensione di ogni atto, di ogni procedimento, colpito *ipso jure* da una nullità insanabile. Tutti e tre questi atti essenziali debbono concorrere per ritenersi come legalmente esistente il conflitto, e per produrre i conseguenti effetti giuridici. Ove mancasse uno di essi, mancherebbe una delle tre forme sostanziali, al cui simultaneo adempimento la legge ha rannodato l' *autenticità* della sua esistenza: la elevazione del conflitto sarebbe allora un atto radicalmente nullo, perchè un conflitto illegale è inesistente agli occhi della legge. Ond' è che non potrebbesi, sopra un atto d' illegale elevazione, procedere a regolare e diffinir la competenza giurisdizionale con la sovrana decisione, senza snaturare l'indole e l'essenza propria della dichiarazione suprema da emettersi dal Principe; dichiarazione la quale, come abbiam veduto, non è già un atto di amministrazione *attiva*, e quindi spontaneo, non è da lui emanato nell' esercizio della sua suprema *azione* amministrativa, ma è invece un atto di natura essenzialmente *contenziosa*, ed ha quindi bisogno di esser provocato dal procedimento prescritto, ed eseguito coi solenni e con le forme di stretto dritto. Decider dunque su la competenza, allorquando un conflitto è stato illegalmente elevato, significherebbe regolarla spontaneamente, direttamente e senza conflitto; sarebbe lo stesso che violare le solenni forme di ordine pubblico volute dalla legge.

## §. CCCXVI.

*Le forme sostanziali volute dalla legge non possono essere supplite. Conseguenze.*

772. Nè poi queste forme sacramentali prescritte dalla legge potrebbero essere in verun modo supplite da altri atti o con forme diverse, da cui per altre vie o in altra guisa venisse attestata e certificata la collisione dei due poteri. È inviolabile il principio, ammesso da tutti gli scrittori e confermato luminosamente da tutte le giurisprudenze, che in un procedimento eccezionale e straordinario, qual' è quello della elevazione dei conflitti di attribuzione; in un procedimento nel quale, mediante la solennità delle forme, si è voluto allontanare il pericolo di un'arbitraria sospensione della giustizia, e l' altro di non render dipendente dal potere amministrativo il potere giudiziario ad esso parallelo; in un procedimento con cui, venendo ad un tratto sospese le funzioni del potere giudiziario, si può *compromettere* ( son le parole testuali del nostro legislatore nel decreto del 1810 ) *la sicurezza delle proprietà e delle persone, ch'è il primo bene che noi vogliamo assicurare ai nostri amatissimi sudditi*; tutto è di rigore, tutti gli atti e le forme prescritte sono sostanziali, sacramentali e di stretto dritto, nè quindi potrebbero esser trasandate senza incorrere in una nullità radicale del procedimento stesso.

773. Così è che la semplice eccezione d' incompetenza prodotta da una delle parti nel corso del giudizio, non potrebbe far le veci della indispensabile *proposta di declinatoria* da farsi dall' intendente, secondo l' art. 4 del decreto del 1810; poichè non può esservi *conflitto* propriamente detto, senza che il funzionario pubblico delegato reclami con quell' atto solenne la competenza amministrativa. Così è che non potrebbesi emettere da lui la *dichiarazione* di conflitto, senza aver prima fatta la *proposta* seguita dalla de-

liberazione del tribunale, com' è imposto negli art. 4 e 5, perciocchè la nuda dichiarazione, senza la precedenza di questi due atti, importerebbe l' esercizio di un potere superiore alla gerarchia giudiziaria, mentre questa è da lui indipendente. Così è ancora che, quando anche esistesse in fatto la collisione, perchè ambedue gli ordini di magistrati abbiano emessa la rispettiva dichiarazione di competenza, pur non di meno il conflitto non esisterebbe in dritto, ove mancasse la solenne dichiarazione dell' Intendente nelle forme stabilite dall' art. 7. In tutti questi ed altrettali casi simiglianti, nei quali non si fossero adempiuti ed eseguiti gli atti e le forme sacramentali della legge, non potrebbesi regolar la competenza, nè quindi modificare o annullare una decisione o sentenza, nè sospenderne la esecuzione, qualunque ne sia il carattere, qualunque la conseguenza, qualunque il giudice che l' abbia pronunziata, poichè, lo ripeteremo, il conflitto allora non esiste, o se esiste nel fatto, non esiste in dritto, è radicalmente nullo agli occhi della legge.

## §. CCCXVII.

### *Autorità degli scrittori sul proposito, e giurisprudenza del Consiglio di Stato in Francia.*

774. Gli scrittori e la giurisprudenza amministrativa francese confermano la inviolabilità di questo principio, ch' è a tenersi come il palladio della giustizia civile. In Francia l' ordinanza del 1 giugno 1828 esige identicamente i tre atti sostanziali voluti dal nostro decreto del 1810, e contiene le stesse forme di procedimento, salvo che stabilisce taluni termini fatali nei quali deggiono farsi: punto sul quale la nostra legge è silenziosa. Ora innumerevoli ordinanze del consiglio di stato hanno colà dato nuova luce e nuova forza a quanto da noi si è esposto, ed hanno proclamato costantemente la necessità di queste forme sostanziali.

Il Cormenin sopratutto, nel dare il sunto della giurisprudenza, dice: « Dal principio che il prefetto non può lanciare arbitra» riamente il suo interdetto su i tribunali; che essi debbono tro» varsi investiti dell' affare, aver ricevuta la declinatoria da lui, » nè aver voluto spogliarsene, e che l' adempimento delle forme » e dei termini prescritti è di rigore, segue; — Che il prefetto » debbe cominciare *dal richiedere* il rinvio della causa, indirizza» re una memoria al procuratore del re e citare la disposizione » legislativa che fonda la competenza amministrativa; — Che la de» clinatoria debbe sempre esser *proposta nel giudizio*; — Che le ec» cezioni d' incompetenza proposte dalle parti, ed anche dai mini» stri, *non possono supplire* la declinatoria del prefetto; — Che » il conflitto non può essere elevato prima del rigetto della decli» natoria; — Che la declinatoria debb' esser rinnovata in grado di » appello e rigettata prima della dichiarazione di conflitto. » (1).

775. Quindi lo stesso autore, ragionando sulla necessità rigorosa di ciascuna forma speciale, riporta prima di tutto un decreto del 6 novembre 1813 (2), col quale venne rigettato un reclamo che tendeva a far dichiarare come non avvenuta una sentenza, *sopra una semplice eccezione d' incompetenza, e senza essersi legalmente elevato il conflitto.* — In seguito, ragionando sulla necessità della *proposta* di declinatoria, osserva che senza di essa i tribunali non han potuto legalmente esser nel caso di decidere con cognizione di causa su la loro competenza; e riporta quindici arresti del consiglio di stato, dai quali è stata costantemente dichiarata nulla per vizio di forma l' ordinanza di conflitto *emessa senza precedente declinatoria*, sopratutto *dopo una decisione diffinitiva* (3).

776. Riporta poi un' altra ordinanza del consiglio del 18 apri-

(1) *Droit admn.* V. 1. Tit. II. cap. IV, p. 442, n. IV.
(2) L. cit., p. 437.
(3) p. 442. in nota.

le 1816 (1), emanata a rapporto di lui medesimo, nella quale fu dichiarato in linea di massima: « Che appartiene al governo di » pronunziare sulla competenza dei tribunali o dei corpi amministrativi; che però questa regola non è applicabile se non al solo caso in cui *già esista un conflitto positivo*, ecc.; che fuori » tali casi, la sola autorità superiore nella rispettiva gerarchia, » sia giudiziaria, sia amministrativa, debbe pronunziare sulle eccezioni d'incompetenza che le sono proposte » — Quindi (a pag. 442) dice in nota: « È imposto ai prefetti il dovere di *proporre* la declinatoria, *prima di elevare il conflitto*, indistintamente in tutti i casi, anche quando il tribunale *avesse precedentemente deciso sulla sua competenza*, *in seguito delle conclusioni presentate dalle parti* (14 agosto 1837, Tournais). » Nella nota 1.ª poi soggiunge: « Ben si comprende che il conflitto sarebbe *nullo*, se fosse dichiarato prima che la corte reale non avesse, *in seguito di una declinatoria del prefetto*, pronunziato sulla sua » competenza (Conflitto Gay, 27 ag. 1839). » — E nella nota seconda: « Il conflitto adunque *sarebbe prematuro*, se nè innanzi al tribunale, nè innanzi la corte, il prefetto *non abbia proposta la declinatoria* (e cita quattro arresti dichiarativi di questa massima) ».

777. Tutti gli altri scrittori convengono unanimamente sul principio medesimo: e tra questi dice il Laferrière (2): « Il conflitto » elevato prima della decisione di competenza sarebbe prematuro: » la corte di appello potrebbe non farne alcun conto; in tutti i casi, il conflitto sarebbe annullato dal consiglio di stato. » Laonde non può esservi a nostro credere un punto di dottrina, il quale poggiato sulle testuali disposizioni della legge, sia stato convalidato più luminosamente dalle opinioni degli scrittori e da costanti ed innumerevoli atti di giurisprudenza.

(1) p. 453 in nota.

(2) *Droit Adm.* p. 727.

## §. CCCXVIII.

*La nostra giurisprudenza amministrativa ha proclamato lo stesso principio rigoroso circa la necessità delle forme indicate. Parere del Supremo Consiglio di Cancelleria.*

778. Quello che ho detto nel precedente paragrafo intende a dimostrare, quanta importanza si è attaccata allo adempimento rigoroso delle forme prescritte per la elevazione dei conflitti. E veramente, avendo per iscopo un tal procedimento straordinario d' impedire ogni atto di esercizio della giurisdizione ordinaria, tutto diviene di rigore e di stretto dritto. Varî rescritti di massima hanno formalmente dichiarato questo medesimo principio tra noi. Uno tra essi è del 19 giugno 1817, e contiene un Parere del Supremo Consiglio di Cancelleria, con cui fu determinato non darsi luogo a sovrana risoluzione per collisione di poteri, quando non esiste elevazione di conflitto nelle *forme legali*. In quel caso mancava la motivata dichiarazione dell' intendente, voluta dall' art. 7 del decreto del 1810, quantunque nel fatto esistesse la collisione, avvegnachè i due tribunali amministrativo e giudiziario aveano emessa ciascuno la decisione della propria competenza; ed intanto, in via di massima fu ritenuto, non esservi luogo a decisione sul conflitto, perchè non eransi seguite le forme del procedimento. La specie che vi diede luogo fu la seguente.

779. I signori Andrea Lauro Grotto ed Ignazio Panza essendo stati amministratori del comune di Salerno ed avendo dato il conto morale dell' amministrazione da essi tenuta per l' anno 1813, fu loro dal Consiglio d' intendenza significata una partita di Duc. 91. 58 per cambio di somme in rame ridotte in argento; e furono condannati a rimborsarla al comune, riserbando ad essi le ragioni pel ricupero di detta somma contro D. Matteo Guida, che n' era stato il Cassiere. Perciò essi convennero il Guida innanzi al Giudice di pace: ma avendo il convenuto opposta l' incompetenza, in una tale

eccezione rigettata anche in grado di appello dal tribunale di prima istanza di Principato citra, con sentenza del 29 febbraio 1816. In seguito, avendo il giudice di pace deciso in merito, fu condannato Guida al pagamento dei Duc. 91. 58: se non che, dietro appello, il tribunale civile con sentenza del 21 giugno 1816 lo assolvette dalla domanda. Allora i Signori Lauro Grotto e Panza ricorsero al Consiglio d' intendenza, il quale con deliberazione del 20 luglio del 1816 richiese l' intendente, perchè elevasse il conflitto. Ma quel funzionario, stimando forse che non fosse il caso di un conflitto, ed interrogato sul proposito dal procuratore regio se un conflitto si fosse elevato, rispose negativamente. — Un tale affare fu rimesso dal Ministro di Grazia e Giustizia alla consulta del Procuratore generale della Corte di appello di Napoli; e furono allora discusse varie quistioni, nella supposizione di essersi elevato un conflitto dall' autorità competente; fra le quali anche quella, se sia nullo un giudicato profferito da un giudice incompetente *ratione materiæ*, quando non sia elevato conflitto, e nell' atto che sembri doversi decidere il conflitto a pro del potere ordinario.

780. In tale stato fu inviato l' affare per parere al Supremo Consiglio di Cancelleria, il quale « ha veduto che per la contesa » di competenza fra il tribunale di prima istanza di Principato ci- » teriore ed il Consiglio d' intendenza, nella causa fra i signori An- » drea Lauro Grotto, D. Ignazio Panza e D. Matteo Guida di » Salerno, non esiste la dichiarazione motivata dell' Intendente di » esservi conflitto, ai termini dell'art. 7 del decreto del 16 Settem- » bre 1810, benchè quel Consiglio d' Intendenza con deliberazione » del 20 luglio 1816 gliene abbia fatta la richiesta. Or siccome è » vietato con l' art. 10 di detto decreto a tutte le autorità ammi- » nistrative della provincia, ad eccezione dello Intendente, di e- » levar conflitto; così è di avviso, che non essendosi ai termini » della legge elevato il conflitto, su la presente causa non vi è » luogo a deliberare, non dovendo S. M. occuparsi di contese acca- » demiche ».

## §. CCCXIX.

*Altro Rescritto che consacra il principio medesimo, nella causa tra il Marchese Sortino ed il Demanio.*

781. Un secondo rescritto sul medesimo obbietto fu emanato ad occasione della rivindica degli acquidotti Siracusani contro il Marchese Sortino. L' amministrazione domandò allora dei chiarimenti sul modo da intentar l'azione: un rescritto del dì 11 luglio 1834 decise doversi agire dal Demanio con azione petitoriale innanzi al Consiglio d' intendenza. In seguito di ciò, il Demanio citava in effetti il Marchese per essere immesso dal Consiglio nel possesso degli aquedotti e delle acque a titolo di dominio. Il Marchese alla sua volta citava con azione principale il Demanio innanzi al Tribunale civile, per sentir dichiarare che quella proprietà a lui si spettasse in forza della lunghissima prescrizione. Da ciò nacque conflitto, e ciascun Tribunale si dichiarò competente. —Notevolissima era la considerazione su cui fondavasi il Consiglio d' intendenza: oltre le ragioni in merito, invocava appunto quel primo rescritto del 1834, col quale (esso diceva) erasi già decisa ed esaurita la quistione di competenza a favore del giudice amministrativo, nè quindi potevasi sottoporre a nuova discussione. Elevato intanto legalmente il conflitto dall' intendente, per la collisione nata nei tribunali, l'affare fu inviato allo esame della Consulta di Stato.

782. La Consulta, prima di discendere nel merito del conflitto, discusse preliminarmente la quistione. « Se la riferita Real de» cisione degli 11 luglio 1834, sia tale da imporre silenzio alle » quistioni di competenza, che in maniera di declinatoria o per » via di conflitto potessero giuridicamente levarsi: o in altri ter» mini, se sia più uopo ricorrere a conflitto e ad esame di quel» lo ». — Ora su tal quistione quel collegio opinò, che quell' atto sovrano non potevasi qualificare come decisione di conflitto, preci-

samente perchè vi mancavano le forme legali per la esistenza di un conflitto; e disse essere allora il caso di emettere l'analoga determinazione sul proposito. Un Real Rescritto del 19 maggio 1838 si uniformò pienamente all' avviso della Consulta; e quindi, senza tener conto del precedente Rescritto del 1834, sciolse allora la competenza a pro del giudice amministrativo.

783. Decisive sono per l' obbietto le considerazioni fatte dalla Consulta, e sanzionate da quel Rescritto. Si osservò — « non es- » sere per verità proposta allora ( nel 1834) e sovranamente decisa » in maniera diretta ed apposita la quistione di competenza. Il com- » plesso delle disposizioni date col rescritto succennato non conte- » neva che una direzione al modo, onde e da chi i giudizi doves- » sero istituirsi; atto di alta amministrazione e norma agli ammi- » nistratori del Demanio, da chi diceasi di grave interesse la lite. » Checchè d' implicito le cose ivi considerate riferissero alla proprie- » tà pubblica degli aquedotti, ed alla quistione di competenza, non » consentiva ai principi il dedurne, che i motivi in via economica » enunciati, per decidere se a nome del Demanio o del Comune, » o da chi intentar doveansi i giudizi, pregiudicassero sovranamente » quistioni di dritti dei terzi, e quistioni di alto ordine pubblico » in una, quali sono quelle di attribuzione; quistioni che sorgono » dalle forme, e dai termini onde le azioni sono giuridicamente de- » dotte, e di che il Re volle serbarsi la suprema decisione, quan- » do nelle forme di legge gli venisse proposto il conflitto fra le au- » torità dei due ordini di giustizia (1). »

(1) Santoro, Comp. Amm. V. 1. p. 81.

## §. CCCXX.

*Terzo Rescritto del 14 maggio 1820.*

784. Un ultimo rescritto, ma di data antecedente al già mentovato, perchè emanato nel 14 maggio 1820, suggellò più specificatamente la inviolabilità del principio circa l'osservanza e l'adempimento rigoroso dei tre atti sostanziali. — Eccone le testuali parole. — « Ho rassegnato al Re il parere dato dalle due Camere di giu» stizia e dell'interno del Supremo Consiglio di Cancelleria, giusta » il verbale del 7 del passato mese, sul conflitto di attribuzione e» levato dall'intendente di Principato ulteriore nella causa tra il cas» siere del Comune di S. Angelo dei Lombardi ed alcuni debitori » morosi del Comune stesso. — E la M. S., sulla considerazione » di non essersi il conflitto elevato uniformemente agli art. 4 ed 8 » del decreto del 16 settembre 1810, ha ordinato di rescriversi » all'intendente suddetto, che nell'affare in quistione si uniformi » alle disposizioni del citato decreto del 16 settembre 1810, con » provocare una dichiarazione del tribunale civile sull'allegata incom» petenza, e dopo la deliberazione del tribunale civile elevi il con» flitto, quante volte il tribunale dichiari la propria competenza, » ed egli creda che sia mal fondata. Nel R. Nome lo partecip» po ecc. » (1).

785. Il conflitto adunque fu tenuto come nullo ed inesistente, perchè l'intendente avea emessa l'ordinanza dichiarativa, senza proporre preliminarmente la declinatoria, e senza provocare la deliberazione di competenza del tribunale civile. Con la quale disposizione di massima fu autorevolmente proclamata la necessità rigorosa dei tre atti sostanziali per la esistenza legale del conflitto, e fu solennemente confermato questo principio vitale e regolatore di questo interessante procedimento di dritto pubblico.

(1) Dias, Collez. dei RR. Vol. 1.° p. 322, e Vol. 3. p. 254.

## SEZIONE 2.ª

### Innanzi a quali giurisdizioni può elevarsi il conflitto.

§. *CCCXXI. — Innanzi alle giurisdizioni prive del ministero pubblico, non può, secondo la giurisprudenza Francese, elevarsi legalmente un conflitto di attribuzione.*

§. *CCCXXII. — Ben diverso è il principio adottato dal nostro decreto del 1810.*

§. *CCCXXIII. — Può forse il conflitto elevarsi nel solo grado di giurisdizione ordinario, ovvero anche straordinario? Sistema seguìto dalla giurisprudenza Francese.*

§. *CCCXXIV. — Innovazione fatta tra noi a questo principio, in virtù del decreto del 1825.*

## §. CCCXXI.

*Innanzi alle giurisdizioni prive del Ministero pubblico, non può, secondo la giurisprudenza francese, elevarsi legalmente un conflitto di attribuzione.*

786. Una prima e grave quistione che quì si presenta, è quella di sapere innanzi a quali magistrature possa elevarsi legalmente un conflitto. Gli scrittori francesi, la cui opinione trova l'appoggio della giurisprudenza del Consiglio di Stato, sostengono fortemente non potersi mai elevar conflitto innanzi a quelle giurisdizioni che son prive dell' uffiziale del Pubblico Ministero. Essi si poggiano sulle disposizioni dell' ordinanza del 1828, le quali richiedono sostanzialmente la persona e l' uffizio del procuratore del Re per l' adempimento di tutte le formalità volute: da un lato, essi considerano, questo pubblico funzionario è la persona intermedia ed indispensabile, pel cui mezzo vengono fatte le vicendevoli comunicazioni di tutti gli atti; dall' altro, è il sostenitore della competenza, provoca le corrispondenti deliberazioni, ed è tenuto di fare inserire le sue requisitorie nella sentenza. Il sistema di procedere innanzi ai giudici di pace ed ai tribunali di commercio non potrebbe piegarsi alle forme costitutive della procedura dei conflitti: soltanto in appello, innanzi alla Corte o al tribunale di prima istanza, possono questi essere elevati, perchè allora la istituzione che mancava nel primo grado si trova nel grado superiore. — Su questo principio Laferrière (1) sostiene essere impossibile elevare legalmente un conflitto coi giudici di pace e coi tribunali di commercio. E tale opinione è appoggiata da Serrigny con una serie di argomentazioni, che possono riassumersi col seguente ragionamento.

787. Il conflitto, egli dice, è una cosa assai grave, perchè sta-

(1) Opera citata, p. 733, n. 1.

bilisce una lotta aperta tra due autorità legalmente costituite. Non si può dunque permettere la rivendicazione amministrativa che lo fa nascere, se non nei casi necessarî e legalmente autorizzati dalla legge. L' ordinanza del 1828 che è la legge della materia, lo permette forse innanzi ai tribunali di commercio ed ai giudici di pace? Niuna delle formalità e delle regole che essa stabilisce, e la cui inosservanza produce nullità, non può essere osservata innanzi a questi tribunali che mancano del procuratore del re. D' altra parte, le considerazioni politiche e d'ordine pubblico che han fatto introdurre il conflitto, non s' incontrano nei casi proposti. Che il legislatore abbia temuto le usurpazioni di potere dei tribunali ordinarî, composti di giudici inamovibili, indipendenti, che formano ún corpo fortemente organizzato; che per prevenirle egli abbia messo tra le mani dell' amministrazione l' arma temibile del conflitto: ciò si concepisce. Ma voler proteggere l'amministrazione contro gli eccessi di potere dei giudici di pace e dei tribunali di commercio, giudici amovibili, subalterni, di cui gli uni escono di funzioni dopo due anni: è certamente un pericolo del tutto chimerico, e che non esige l' impiego di mezzi straordinarî. Lo stesso è a dirsi pei tribunali di semplice polizia, i quali sebbene abbiano presso di loro l'uffiziale del Ministero pubblico, pure non sono contemplati dall' ordinanza del 1828, la quale chiaramente fa supporre di non aver mai inteso parlare che dei tribunali di prima istanza (1).

788. Una tale opinione, come ho cennato, è appoggiata dalla costante giurisprudenza del Consiglio di Stato, che annulla sempre questa specie di conflitti: siccome può riscontrarsi negli arresti del 12 gennaio 1835 (*Petitgars*), 4 aprile 1837 (*Dampmartin*) 27 giugno 1837 (*Foullon*) e 29 marzo 1832 (*Duprez*) (2).

(1) *Della Comp. in materia contenz. amm.*, Vol. 1.° n.° 171 e 172.

(2) Journ. du Pal. *Jurisp. admn.* anni citati.

## §. CCCXXII.

*Ben diverso è il principio adottato dal nostro decreto del 1810.*

789. Non ostante queste ragioni che a primo aspetto possono sembrar gravi, e non ostante il peso che debbe dare ad una tale opinione l' autorità di questi scrittori, e quella anche maggiore del Consiglio di Stato, io non potrei abbracciarla interamente, perchè da un lato non mi pare che questa argomentazione sia di una forza invincibile, e dall' altro le disposizioni testuali del nostro decreto del 1810 debbono condurci necessariamente ad una soluzione del tutto opposta.

790. Osservo primamente, che da questo sistema risulterebbe essere in potestà di taluni tribunali, specialmente di quelli di grado inferiore, sfidare impunemente le leggi che attribuiscono giurisdizione all' autorità amministrativa, in tutti gli affari ch' essi giudicano inappellabilmente; e per gli altri che sono appellabili, l' esercizio del dritto di revindicazione accordato all' amministrazione sarebbe subordinato alla condizione dell'appello, la cui mancanza renderebbe senza rimedio la usurpazione del potere. Ora, ciò non è possibile. Se la inviolabilità ed il rispetto di ciascun potere è appunto il principio che giustifica e rende necessario il procedimento di conflitto, un tal principio debb' essere operativo in tutt' i casi, senza eccezione, nei quali una giurisdizione, qualunque essa sia, s' investe di facoltà che non le appartengano: se ci ha un interesse pubblico a reprimere una usurpazione che un tribunale civile faccia sulle funzioni di un consiglio d' intendenza, o viceversa; ce ne ha uno identico a reprimerla quando si consumi o si tenti consumarla in una scala inferiore di magistrature.

791. Nè poi è convincente l' argomento che si trae dalla mancanza del Ministero pubblico presso queste magistrature inferiori, innanzi alle quali non è istituito questo funzionario. Ciò non toglie

che il Procuratore del Re, come sostenitore e custode delle competenze, non debba essere inteso ed emettere le sue conclusioni quando il conflitto avvenga tra giudici di un ordine subalterno. Si cade dunque in un grave errore quando si sostiene, che in questi casi manchi questo mezzo intermedio pel quale si manifestano gli atti del conflitto. Tutte le funzioni a cui è chiamato dal decreto del 1810, possono identicamente da lui compiersi, tanto se il conflitto avvenga col tribunale civile, quanto con un giudice regio o un tribunale di commercio: nè so veramente comprendere dove sia questa impossibilità del suo intervento in questi ultimi casi.

792. Soggiungo ancora, che tra noi le testuali disposizioni del decreto, come ho detto, ammettono la possibilità del conflitto anche con magistrature inferiori ad un tribunale civile, come può vedersi dagli art. 4 e 8. In effetti, col primo di essi si dichiara, che quando gl' intendenti « saranno avvertiti che un affare di compe- » tenza delle autorità amministrative è portato innanzi ad un tri- » bunale, o *altra autorità giudiziaria inferiore*, richiederanno ec. » Con l' altro poi, nel concedersi al tribunale la facoltà di rivendicare la propria competenza, si soggiunge: « Le autorità giudiziarie » *inferiori* non possono farlo, se non che previa una decisione del » tribunale immediato, *e per mezzo dello stesso procuratore re-* » *gio.* » — Al certo, la sola lettura di queste disposizioni basta a dileguare ogni dubbio sulla possibilità di elevare legalmente un conflitto con le magistrature inferiori.

793. Soggiungo poi per ultimo, che anche in Francia questa seconda opinione è sostenuta vivamente da Foucart e da qualche altro scrittore (1).

(1) *Elem. de Dr. publ. et admn.* t. 3.° n. 539.

## §. CCCXXIII.

*Può forse il conflitto elevarsi nel solo grado di giurisdizione ordinario, ovvero anche straordinario? Sistema seguìto dalla giurisprudenza francese.*

794. Un' altra quistione, di non minore importanza nella materia dei conflitti, versa sulla determinazione degli stadi del giudizio nei quali possono essere utilmente elevati. In Francia, prima dell' ordinanza del 1828, erano fluttuanti ed incerte le opinioni degli scrittori sul proposito. Taluni, comechè in pochissimo numero, pretesero che il conflitto avesse potuto elevarsi anche dopo finito il giudizio, quando la decisione fosse passata in cosa giudicata irrevocabilmente: ma una tale opinione, distruttiva del rispetto e della santità dei giudicati, fu sostenuta per poco. Altri affermavan potersi dar luogo a conflitto, sino a che la sentenza o decisione avesse potuto essere riformata nell' interesse delle parti; e tra costoro ci avea chi opinava potersi elevar conflitto quando si fosse prodotto ricorso in cassazione, purchè innanzi a quel supremo collegio si fosse rianimata la quistione circa la competenza. Altri poi all' opposto aveano abbracciata caldamente una opinione contraria, cioè quella di non esservi più luogo a conflitto quando si fosse pronunziata una decisione in grado d' appello, non ostante che questa decisione non per anco avesse fatto passaggio in cosa irrevocabilmente giudicata. — Un decreto del 6 gennaio 1814, riportato dal Cormenin (1), proclamò il principio della inviolabilità del giudicato, e dichiarò che i prefetti non avean più dritto ad elevar conflitti, quando fossero spirati i tre mesi dopo la notificazione delle decisioni di corti d'appello; poichè, decorso il termine a ricorrere, tali decisioni han fatto passaggio in cosa giudicata. La giurisprudenza andò anche più

(1) Loc. cit. p. 437.

oltre, perciocchè un arresto del Consiglio del 6 febbraio 1815, riferito anche dallo stesso Cormenin (1), annullò un' ordinanza con la quale un prefetto avea elevato un conflitto in una controversia *sovranamente* giudicata con decisione della corte reale.

795. Tutte queste incertezze ebbero colà termine con l' ordidinanza del 1.° giugno 1828, la quale fermò regole certe ed indeclinabili. Essa non solamente proclamò il principio di non potersi elevar conflitto contro la cosa giudicata, ma essendosi taciuta sul dritto di elevarlo dopo una decisione *diffinitiva*, se ne inferì implicitamente il divieto: la giurisprudenza e gli scrittori furon d'accordo su tal proposito. Il principio su cui si poggiò la inammissibilità del conflitto in tal caso, fu che la corte di cassazione non costituisce un terzo grado di giurisdizione; la decisione di corte di appello che pronunzia sul merito della controversia è quindi *diffinitiva* ed eseguibile. Solo nei casi in cui la corte di cassazione annulli la decisione, può elevarsi conflitto innanzi alla corte d'appello in grado di rinvio: là veramente il giudizio rinasce, e la contesa debb' esser nuovamente giudicata; mentre in cassazione la corte non ha altra missione che di giudicar la *sentenza*, ma non la *controversia* (2).

## §. CCCXXIV..

### *Innovazione fatta tra noi a questo principio, in virtù del decreto del 1825.*

796. Presso di noi non pertanto invalse un diverso sistema in virtù del decreto del dì 8 ottobre 1825, il quale, a norma dell' art. 3, costituisce parte integrante dell' altro del 1810. Suo fondamento fu la considerazione che, siccome la decisione in grado d'ap-

(1) Loc. cit.

(2) V. Lafebrière, *Dr. admn.* v. 2, p. 733.

pello, è rivocabile nello interesse privato sino a che non trascorrano i termini a produrre ricorso per annullamento, con pari, anzi a maggior ragione è necessario, che fino agli stessi termini sia rivocabile nell' interesse pubblico. Per il che venne disposto con l'art. 1.°, che la elevazione del conflitto di attribuzione potesse anche aver luogo pendente il ricorso per annullamento alla Suprema Corte di giustizia, come del pari pendente il termine a produrlo: con che venne risoluto il dubbio che vivamente agitava la giurisprudenza.— È chiaro dunque, che in virtù di questa testuale disposizione, a differenza della legislazione francese, la quale non permette di elevar conflitto se non nel primo o nel secondo grado del giudizio, le nostre leggi accordano la facoltà di promuoverlo in qualunque stadio, sia ordinario, sia straordinario.

## SEZIONE 3.ª

Condizioni indispensabili per elevar legalmente il conflitto.

§. *CCCXXV. — Il conflitto non potrebbe mai elevarsi violando la cosa giudicata. Opinione e ragione che ne dà l' Echaniz.*

§. *CCCXXVI. — Grave considerazione che giustifica la inviolabilità di questo principio.*

§. *CCCXXVII. — Sovrani rescritti che fra noi hanno consecrata la inviolabilità del giudicato.*

§. *CCCXXVIII. — Quando non si promuove in primo grado, ma in uno stadio successivo, il conflitto s'impegna solamente col giudice che debbe pronunziare, non con quello che ha pronunziato.*

§. *CCCXXIX. — Lo stesso decreto del 1825 sta a confermare il principio mentovato.*

§. *CCCXXX. — Ma questo principio ha luogo nel solo caso che si rinnovi la pendenza di lite nel grado superiore; o in altri termini, quando vi sia un gravame.*

§. *CCCXXXI. — In ogni stadio che sia, è sempre necessaria l' osservanza delle tre forme sostanziali.*

§. *CCCXXXII.* — Quid *se il conflitto si elevi in grado di annullamento?*

§. *CCCXXXIII. — Rescritto che decide potersi dall' intendente elevar* de plano *il conflitto innanzi alla Suprema Corte, senza provocare la deliberazione sulla competenza.*

§. *CCCXXXIV. — Osservazioni in senso opposto al mentovato rescritto.*

§. *CCCXXXV. — Considerazioni della Reale Consulta di Sicilia in un caso simigliante.*

§. *CCCXXXVI. — Ragioni dimostranti che non altrimenti può risolversi il quesito proposto.*

§. *CCCXXXVII. — Sunto dei principi esposti, i quali costituiscono i canoni regolatori della materia.*

## §. CCCXXV.

*Il conflitto non potrebbe mai elevarsi violando la cosa giudicata. Opinione e ragione che ne dà l' Echaniz.*

797. Se le disposizioni dei due decreti del 1810 e del 1825 si pongano in armonia coi principî del diritto comune, potremo agevolmente determinare con quali condizioni si possa legalmente procedere alla elevazione di un conflitto; condizioni che a me paiono di una grave importanza, e che costituiscono i canoni regolatori della materia.

798. Il primo corollario ch' emerge dalle leggi in disamina, uniformi su tal punto alla legislazione francese, è che il conflitto può elevarsi solo quando la causa non abbia avuto termine con un giudicato irretrattabile. Qualunque sia la forma o il modo col quale la sentenza o decisione ha fatto passaggio in cosa giudicata, sia pel decorrimento dei termini stabiliti pei gravami, sia per l' acquiescenza tacita o espressa della parte condannata, sia per aver percorsi tutt' i gradi di giurisdizione ordinaria o straordinaria, il giudicato sarà sempre un vero giuridico che si sottrae a qualunque indagine, a qualunque azione o eccezione d' incompetenza.

799. Ben vi è stato taluno, il quale ha sostenuto che non possa esser mai coverta la incompetenza assoluta per ragion di materia, neppure da un giudicato; che l' atto è nullo radicalmente e quindi insanabile; che il conflitto tende appunto a dimostrare la incompetenza assoluta, la quale, dimostrata una volta, fa sparire anche il giudicato incompetentemente pronunziato; che quindi la legge su i conflitti contiene per sua natura una eccezione al principio della inviolabilità del giudicato. Ma a sì fatto ragionamento si risponde da qualche scrittore con una distinzione scientifica, quella cioè tra le giurisdizioni di *genere* e quelle di *specie*. La divisione e distinzione principalissima tra le materie contenziose sta in un triplice ordine di cose, cioè nei *reati*, nelle *cose sacre*, e nei *dritti di proprietà e di famiglia*; d' onde i tre grandi generi del potere

contenzioso, divisibile ciascuno in varie specie, secondo le qualità, i caratteri o il favore delle diverse materie di una stessa specie. La incompetenza giurisdizionale quindi è *assoluta* o *ratione materiae*, relativamente ai diversi generi tra loro; è poi *relativa*, o altrimenti detta *ratione personae*, relativamente alle specie di un medesimo genere. Insanabile è la prima, sanabile la seconda. Il contenzioso amministrativo non è un già un genere distinto dal potere giudiziario comune, ma è una specie che per via di eccezione, a simiglianza delle materie commerciali, comechè per considerazioni di un ordine più elevato, si è sottratta da quella giurisdizione generica nella quale naturalmente ed essenzialmente risiede la potestà di giudicare su tutt' i dritti concernenti la proprietà e le cose non sacre. Per il che la decisione del potere ordinario sopra una contesa qualificata amministrativa, diventa inattaccabile quando acquista il carattere di *giudicato*. Ecco in sostanza a che si riduce il ragionamento in senso opposto, fatto dagli autori, fra i quali l' Echaniz, il quale per dare un' argomentazione legale a favore del giudicato in questo caso, osserva, che se è vero non poter mai una giurisdizione passar dal suo genere ad un altro senza fare atti nulli, come la civile alle cose penali, e viceversa; può però utilmente passare dalla sua specie ad una specie analoga, come avviene, per esempio, nel caso che giudici civili pronunziano in cose commerciali senza che le parti se ne querelino. Però, egli dice, i giudizî di un tribunale di commercio sopra cose non commerciali sarebbero nulli, perchè la giurisdizione loro data è tutta di eccezione, e quindi improrogabile: ma non così quante volte il giudice civile comune pone mano ad una materia commerciale, ovvero di contenzioso amministrativo, perchè allora la sua incompetenza è relativa, essendo questo contenzioso una specie della giurisdizione civile. Onde può avvenire, che si renda efficace ed irrevocabile il giudizio dell' autorità ordinaria sopra un oggetto d' interesse della pubblica amministrazione (1).

(1) Chiarimenti sulla legge del contenzioso amministrativo p. 7.

## §. CCCXXVI.

### *Grave considerazione che giustifica la inviolabilità di questo principio.*

800. Ora, senza esaminare se questo ragionamento sia del tutto esatto, a me pare che debba stare a favore della cosa giudicata quella considerazione, che in ogni legislazione il principio della inviolabilità del giudicato è stato sempre ritenuto come di un ordine e di un' importanza sociale ben più elevata, che non il rispetto dei limiti giurisdizionali e delle competenze, massimamente di quelle di *specie*. La sicurezza dei godimenti e dei dritti individuali, l' incertezza che nascerebbe dall' impugnare gli atti diffinitivi e dichiarativi dell' appartenenza delle cose e dei dritti, han dovuto far ritenere come un vero giuridico inviolabile la cosa giudicata, per fissare indeclinabilmente una salda guarentigia di sociale tranquillità. Ed il rispetto alla santità del giudicato, anche in onta al conflitto che siesi elevato, ha fra noi l' incontrastabile appoggio non solo degli alti principî, ma anche delle testuali disposizioni di legge consecrate nel decreto del 1825; dappoichè, appunto perchè si è data facoltà di promuovere ed elevare il conflitto nei termini utili a produrre ricorso, si è incontrastabilmente vietato di poterlo elevare dopo che questi sono decorsi, quando cioè la decisione è passata in giudicato. La qual cosa manifesta con troppa chiarezza, che il legislatore ha voluto con ciò suggellare il principio di rispetto verso la cosa giudicata, che è stato sempre considerato come l' ancora di salvezza delle società civili. Diversamente, ove il conflitto potesse essere elevato dopo un giudicato, ne seguirebbe che la parte condannata, la quale non ha potuto ottenerne la riforma, potrebbela ottenere attaccando il giudicato per via di conflitto, e così distruggere con un mezzo indiretto quello che non può con un mezzo diretto. Rimane dunque sempre inviolabile il principio, *res iudicata pro veritate habetur*.

## §. CCCXXVII.

*Sovrani rescritti che fra noi hanno consecrata la inviolabilità del giudicato.*

801. Ed a norma di questo principio appunto è stato più volte ritenuto la inviolabilità della cosa giudicata dalla nostra giurisprudenza amministrativa, la quale con due rescritti di massima, l'uno del 9 settembre 1825 (1), e l'altro del 29 maggio 1832 (2), ha dichiarato in termini formali, « che non vi è luogo ad elevazione » di conflitto, quando una decisione ha fatto passaggio in cosa giu» dicata ». — Anzi, tale è stato il rispetto manifestato a pro del giudicato, che col primo dei mentovati rescritti la soluzione è stata tutta a favore del giudice amministrativo, investito di una giurisdizione eccezionale, e quindi improrogabile.

802. La causa dibattevasi tra il Comune d'Ischitella e gli exfeudatarî. Il Consiglio d'intendenza avea pronunziata una decisione divenuta giudicato: il potere giudiziario reclamò la sua competenza, provocando il conflitto. Atteso il giudicato, si ritenne non potersi avanzare verun reclamo, anche in linea di conflitto, con le seguenti parole: « S. M. sulla considerazione, che per l'avviso interposto » sull'oggetto di cui è quistione, ecc. ecc., esiste già un giudica» to, e quindi non vi sia più luogo a risoluzione di conflitto, uni» formemente all'avviso della Consulta, ha nel consiglio ordinario » di Stato del 9 corrente determinato rigettarsi la dimanda del Mar» chese Giuliano. Nel R. Nome ecc. »

803. Il secondo rescritto poi riguarda un giudicato profferito dal potere ordinario. Un tal D. Filippo Maciore, come appaltatore, pretendea le spese di manutenzione di una strada provinciale contro

(1) Amodosi, Repert. giud. VI, p. 197.

(2) Solon, Delle nullità, trad. di Cafaro, ediz. di Napoli 1840 p. 122, n. 2.

l' Intendente, il quale eccepiva l' incompetenza del Tribunale civile. Una sentenza fu pronunziata: l' intendente lascia decorrere il termine del gravame, e poscia eleva il conflitto. — Il Rescritto così dichiarò: « S. M., sulla considerazione che nel soggetto caso la sen- » tenza del 27 febbraio 1830 ha acquistato la forza di cosa giudi- » cata per lo decorrimento del termine utile a potersene gravare, » uniformemente al parere della Consulta dei Reali domini al di » quà del Faro, nel Consiglio ordinario di Stato del 31 detto spi- » rante mese, si è degnata risolvere che non vi sia luogo a con- » flitto. Nel R. Nome, ecc. »

## §. CCCXXVIII.

*Quando non si promuove in primo grado, ma in uno stadio successivo, il conflitto s' impegna solamente col giudice che debbe pronunziare, non con quello che ha pronunziato.*

804. Ma se non mai può elevarsi conflitto quando esista una sentenza o decisione divenuta cosa giudicata, non dee però trasandarsi un altro importante corollario, che direttamente discende dai principî del dritto comune e dalle stesse disposizioni speciali al conflitto; ed è, che quando l' autorità amministrativa eleva il conflitto di attribuzione, questo si dee sempre intendere promosso ed impegnato col giudice che dee pronunziare, e non mai con quello che di già abbia pronunziato. In altri termini, può nascere conflitto nel solo stadio *successivo* del giudizio, e non già può elevarsi *a posteriori* contro il giudice che ha pronunziato in uno stadio *percorso* ed esaurito. Questo corollario è la conseguenza del principio tramandatoci dalle leggi romane e fondato sulla necessità delle cose; principio in forza del quale è riconosciuto, che il pronunziato del giudice che termina la causa, termina anche le sue funzioni, e lo spoglia interamente di ogni potere in ordine a questa causa: *seu bene, seu male iudicaverit, officio functus est* ( l. 55. ff. *de re iudic.* ).

805. Ed in vero, primo ed essenziale elemento di esistenza di un conflitto di attribuzione è la *pendenza* della lite. Lo stesso concetto, racchiuso e rappresentato dalla voce *conflitto*, trae seco per una necessità logica l'idea dell'urto simultaneo ed *attuale* di due poteri, i quali si contrastano il dritto o il privilegio esclusivo di pronunziare sopra una data controversia un giudizio non ancora emesso. Uopo è dunque che il magistrato contro cui si rivendica la competenza, stia *in atto* dell'esercizio di sue funzioni relativamente alla controversia, non già che questo esercizio sia esaurito; che la decisione della lite penda tuttavia innanzi a lui, non già che siasi già emessa una decisione diffinitiva da lui. Basta gettare uno sguardo alle citate disposizioni legislative sul conflitto, per averne una piena conferma: nell'ordinare le formalità necessarie per proporre ed elevare il conflitto, esse parlano di *affari portati*, ossia di affari pendenti, di *rimessione*, d'*invio alle autorità competenti*, di *sospensione delle cose allo stato*, ecc., il che fa supporre per necessità una lite tuttavia pendente, ed un giudice che n'è stato impossessato e che trovasi in atto della sua giurisdizione. Laonde non può logicamente e legalmente promuoversi conflitto con quel magistrato, che avendo già diffinitivamente giudicato di tutto il merito della causa, non ha più niuna attribuzione, niun potere da esercitare su la materia già da lui giudicata ed esaurita. Con la sentenza diffinitiva il giudice cessa da ogni suo uffizio, si spoglia compiutamente del carattere e della veste di giudice in ordine alla contesa: *Judex posteaquam semel sententiam dixit, postea iudex esse desinit* ( l. 55 ff. *de re iudicata* ). Il giudice che ha esaurita la propria giurisdizione sulla contesa, non può più farvi ritorno se non nei casi di rimedi straordinari testualmente autorizzati dalla legge, com'è la ritrattazione o l'opposizione di terzo: fuori tali casi, ei non potrebbe conoscere nuovamente della controversia senza una violazione di quel principio elementare e riconosciuto da tutte le scuole, *non bis in idem*.

## §. CCCXXIX.

*Lo stesso decreto del 1825 sta a confermare il principio mentovato.*

806. Una conferma luminosa di questo principio trovasi per l'appunto nello stesso decreto del 1825; perciocchè, se fosse stata possibile la elevazione di un conflitto col giudice che già ha pronunziato la sentenza diffinitiva in merito, qual bisogno mai vi sarebbe stato di attribuire con una espressa disposizione la facoltà straordinaria di elevarlo nei termini del ricorso in cassazione, ed anche in grado di opposizione di terzo? Precisamente perchè non vi era, nè potea esservi niuna altra eccezione a quel principio, precisamente perchè non si è inteso mai di costringere il giudice che si è spogliato della contesa, a tornar su i suoi passi e riesaminarla in linea di conflitto, si è conceduto il dritto di elevarlo nei termini di questi due gravami straordinarî. D'altra parte è questo un principio riconosciuto ed ammesso come elementare da tutti gli scrittori su la materia. Dopo che il giudice ha pronunziata una sentenza diffinitiva, non vi è più nè causa, nè parti, nè *giudici*. I rapporti giuridici in cui entrano le parti col giudizio, non hanno altro scopo che di ottener giustizia; tutte le loro relazioni sono dunque cessate dal momento stesso in cui è loro fatta giustizia sulla controversia che li divideva. Non è già che questi medesimi rapporti non possano rannodarsi tra le parti col ricorrere alle vie loro offerte dalla legge per impugnare la sentenza pronunziata; ma non è men vero che innanzi al tribunale che le ha giudicate, esse non han più nulla a dire, nè a fare, nè a domandare, nè ad ottenere. Quindi in ultima analisi, la sentenza diffinitiva è quella che finisce ogni discussione, termina ogni rapporto tra le parti, ed esaurisce tutta la giurisdizione del tribunale, relativamente alla causa giudicata. Onde dee ritenersi per indubita-

to, che non può elevarsi conflitto col giudice che ha già giudicato, ma solo con quello che dee giudicare.

## §. CCCXXX.

*Ma questo principio ha luogo nel solo caso che si rinnovi la pendenza di lite nel grado superiore; o in altri termini, quando vi sia un gravame.*

807. Lo stesso principio che ha fatto stabilire la necessità della *pendenza* della lite per dirsi possibile la elevazione di un conflitto, trae un' altra importante conseguenza nella sua applicazione; ed è che il conflitto che voglia promuoversi nello stadio giudiziario da percorrere, non può legalmente esistere se non sotto la condizione indispensabile di un gravame prodotto innanzi al giudice. Due considerazioni di diversa natura rendono evidentissimo questo altro corollario.

808. Primamente, si osservi che una sentenza o decisione diffinitiva, comechè soggetta a gravame, può però passare in cosa giudicata o pel decorrimento dei termini, ovvero anche per acquiescenza tacita o espressa. Ora è inconcepibile che si possa ritenere come legalmente elevato il conflitto, quando già la decisione ha potuto divenire un giudicato irrevocabile in forza di un atto di esecuzione volontaria o di acquiescenza qualunque della parte condannata. Ammettere quindi come possibile l' esistenza di un conflitto in grado di appello o in grado di annullamento, senza l' esistenza simultanea di un atto di appellazione o di un ricorso, significherebbe ferire o meglio distruggere per via indiretta la inviolabilità della cosa giudicata. Il principio elementare ammesso nelle scuole, è che quando si è pronunziata una sentenza diffinitiva sul merito della controversia, la lite è estinta, è sparita la materia del contendere: il giudizio può rivivere solamente, quando si produce nei modi di legge il gravame autorizzato, il quale è solo un dritto sperimentabile dal-

la parte condannata, non già dall' autorità. Fra tutti riporteremo le brevi parole del *Laferrière* sul proposito, il quale nell' enunciare le diverse cause di decadenza dal dritto di elevar conflitto, così si esprime: « Vi è decadenza dal dritto di elevare il conflitto in parecchi » casi. 1.° Se il conflitto non è stato promosso in prima istanza » *prima della sentenza sul merito*, e che le parti non interpongano » no appello, il prefetto non può appellare. Il dritto di appello non » appartiene che alle parti; quando non vi è appello, *vi è acquie-* » *scenza alla sentenza*; vi è dunque decadenza dal dritto di ele- » vare il conflitto » (1).

809. La seconda considerazione si rannoda poi al ragionamento fatto innanzi, circa la necessità della pendenza della lite. Se non può proporsi conflitto contro il giudice il quale, avendo pronunziato, si è già spogliato della cognizione, per identica ragione non può promuoversi contro quel giudice che non ancora è stato impossessato del giudizio. Il solo gravame della parte è quello che, facendo rivivere la contesa, investe il giudice superiore e ne provoca la giurisdizione. Fino a che dunque questi non ne sia impossessato, fino a che innanzi a lui non divenga pendente la lite, egli non è ancora giudice di essa, nè quindi può logicamente trovarsi in conflitto.

## §. CCCXXXI.

### *In ogni stadio che sia, è sempre necessaria l' osservanza delle tre forme sostanziali.*

810. Da quanto sinora ho detto, sembra doversi dedurre e ritenere un altro corollario, il quale diventa anch' esso uno dei principî regolatori della materia; ed è, che in qualunque stadio si elevi il conflitto, diventa sempre necessaria la osservanza del procedimento stabilito dal decreto del 1810, e specialmente l' adempimento dei

(1) Loc. cit. p. 734.

tre atti sostanziali, nei quali abbiamo veduto ch'esso si riassume, vale a dire, la proposta di declinatoria da farsi dall'intendente, la deliberazione di competenza del tribunale innanzi a cui pende la lite, e la motivata ordinanza dell' intendente con la quale si eleva legalmente il conflitto. Non vi sarebbe alcuna ragione plausibile e legale per fare eccezione a questo principio, al quale niuna disposizione di legge deroga.

811. In conseguenza, se il tribunale civile abbia esaurita la sua giurisdizione sulla controversia, coll' emettere un giudicato diffinitivo sul merito; e se dopo questa sentenza diffinitiva che lo ha spogliato di ogni potestà, la causa si rianimi in grado di appello innanzi alla G. Corte civile, per effetto del gravame della parte succumbente; in tal caso, volendosi promuovere ed elevare un conflitto da parte dell'amministrazione, sarà necessario adempiere a tutta la serie delle formalità di cui abbiamo fatto parola, vale a dire, proporre la quistione di competenza al giudice d' appello, attenderne la corrispondente dichiarazione, ed in ultimo elevare il conflitto ov' esso persista nel ritenere a sè la cognizione.

## §. CCCXXXII.

### Quid *se il conflitto si elevi in grado di annullamento?*

812. Lo stesso pare, secondo i principi ed il testo della legge, doversi dire quando il giudizio sia stato diffinito nel doppio grado di giurisdizione, senza verun reclamo da parte dell' amministrazione, e si voglia poi promuovere il conflitto in grado di gravame straordinario, vale a dire in grado di annullamento o di opposizione di terzo. E veramente, stando al rigore dei principi, ed a tutto ciò che innanzi si è detto circa l' assoluta necessità di queste forme, richieste da un motivo imponente d' interesse pubblico, quale è quello di non potere a capriccio ed arbitrariamente sospendere ed impedire l' esercizio della giurisdizione ordinaria nell' interesse dei diritti pri-

vati ; non sapremmo comprendere perchè mai si dovrebbe far di manco di queste forme quando il conflitto si eleva innanzi alla Suprema Corte, mentre da un lato la legge non contiene veruna eccezione, e dall'altro niuno saprebbe negare la grave importanza e necessità di queste forme medesime. Se esse son tali che costituiscono un procedimento di ordine e d' interesse pubblico, a cui l' autorità amministrativa non può sottrarsi senza cadere in una nullità assoluta ed insanabile; non possono esse perdere questo loro carattere e questo effetto sol perchè il conflitto si elevi innanzi alla Suprema Corte, e non innanzi ai tribunali inferiori. Parmi dunque, che l' opinione di coloro i quali sostengono potersi *de plano* elevare un conflitto innanzi alla S. Corte, senza provocarne la motivata deliberazione di competenza, e sospenderne così ogni giurisdizione a sua insaputa, non abbia l'appoggio nè dalla legge, nè dei principi. Anzi dirò di più, che ciò parmi una violazione manifesta di tutte le disposizioni della legge e dei principi più vitali in ordine ai conflitti ; perciocchè questo parrebbemi un mezzo indiretto per violare la cosa giudicata, mentre si è veduto che non si può mai elevar conflitto contro il giudicato, ed è tale una decisione diffinitiva non impugnata dalla parte condannata. Ed in effetti, una volta che si ammette la legale possibilità di elevare un conflitto in Suprema Corte senza proporre preliminarmente la sua deliberazione sulla competenza, si dovrà ammettere di necessità che si possa elevare in quel grado anche quando non esistesse ancora verun gravame delle parti. Or chi non vede a primo tratto quanto sarebbe pericolosa una dottrina, che concede una potestà così illimitata all' autorità amministrativa, da poter distruggere a questo modo la forza giuridica di quella decisione, la quale ha potuto divenire un giudicato irretrattabile, mercè un atto di acquiescenza o di esecuzione volontaria della parte succumbente ?

## §. CCCXXXIII.

*Rescritto che decide potersi dall' Intendente elevar* de plano *il conflitto innanzi alla Suprema Corte, senza provocare la deliberazione sulla competenza.*

813. Non ostante queste ragioni, di cui può ciascuno comprendere e valutare tutta la importanza, un Sovrano Rescritto del 6 di marzo 1850, comunicato nel 16, in controsenso di due avvisi del Consiglio di Stato, ha ritenuto la massima, che nei conflitti di attribuzione iniziati nella pendenza del ricorso per annullamento, o anche nel termine a produrlo, non dee darsi luogo alla preliminare avocazione dell' affare, ma ben possa l' intendente dichiarar *de plano* la esistenza del conflitto. Ecco il tenore di questo rescritto, che contiene una massima così grave per le sue conseguenze.

814. » Ho assegnato a S. M. il parere preparatorio emesso dal » Consiglio di Stato, ad occasione del conflitto di attribuzione, che nel » giudizio tra il Comune di Quaglietta, ed i fratelli del Plato, si è » elevato dall'Intendente di Salerno in pendenza del ricorso per an- » nullamento prodotto contro la pronunziazione della G. Corte Civile.

» Ho pure rassegnato l'altro parere della Sezione pel conflitto in » somigliante caso, elevato dall' Intendente di Terra di Lavoro nel- » la causa tra il Comune, ed il Duca di Marigliano.

» Il Consiglio aveva opinato pel primo, che, nei conflitti ini- » ziati nella pendenza della discussione del ricorso per annullamento » innanzi la Corte Suprema, o fra il termine utile a produrlo, la » Corte stessa dovesse deliberare su la competenza del potere giudi- » ziario, e che tale deliberazione dovesse emettersi citate pria a » cura del Pubblico Ministero, le parti o i loro avvocati, se ve ne » sieno. E pel secondo aveva pensato doversi preliminarmente dal- » l' Intendente provocare una deliberazione della Corte Suprema pel » rinvio della causa al potere amministrativo.

» Ad occasione di tali avvisi, promosso il dubbio se, sorgendo » la quistione di competenza fra l' autorità giudiziaria , e l' amministrativa durante il termine utile a produrre, o in pendenza della discussione del ricorso per annullamento, secondo provvede l'articolo I. del decreto degli 8 ottobre 1825, debba darsi luogo pria all'avocazione della lite, ai termini degli articoli 4 e seguenti del decreto de' 16 settembre 1810, ovvero possa l' Intendente *de plano* dichiarare la esistenza del conflitto; si è osservato,

» Che compiuto il giudizio sul merito della lite nel doppio grado di giurisdizione, non è più dato disputare in linea di conflitto innanzi l'autorità giudiziaria sulla quistione di competenza, che si pretenda da autorità di altro ordine; che perciò torna superfluo l' atto di avocazione da parte dell' Intendente, prescritto dagli articoli 4, e seguenti del decreto de' 16 settembre 1810, e quindi dee bastare che questo funzionario dichiari la esistenza del conflitto, per così raggiungere lo importante scopo, che niuno de' due poteri possa procedere più oltre.

» Che la Corte Suprema di Giustizia è istituita unicamente per mantenere la esatta osservanza delle leggi da parte de' tribunali della sola sua gerarchia, giudicando nello interesse della legge, e non nello interesse delle parti.

» Che il Collegio supremo per sua istituzione non à facoltà di conoscere delle quistioni di competenza che sorgano fra le autorità dell' ordine giudiziario e quelle dell' ordine amministrativo.

» Che interpellandosi in somigliante caso la C. S. dovrebbe questa conoscere della competenza, e per essa versare nello esame delle condizioni di fatto; esame che non l'è dato di fare.

» Che essendo i giudicati della C. S. essenzialmente irrevocabili, potrebbero le sue decisioni, in caso di rigetto del ricorso, violare irreparabilmente i confini della giurisdizione amministrativa;

» Che secondo la retta intelligenza dell' articolo 1. del Decreto degli 8 ottobre 1825, nella esistenza di un giudicato sul merito del contendere, ( essenzialmente eseguibile nello interesse delle

» parti, a malgrado la pendenza del ricorso), la elevazione del con-
» flitto è spiegata senz' altro preambolo procedimento, anche nel fi-
» ne di sollecitamente tutelare i confini de' due ordini, e le ragio-
» ni delle parti contendenti.

» Che nelle sopra indicate due specie, poichè trovasi già di-
» chiarata la esistenza del conflitto (condizione che vieta ogni atto
» ulteriore delle autorità de' due poteri), dee di necessità andarsi
» alla risoluzione di esso.

» E per tali considerazioni la M. S. nel Consiglio Ordinario di
» Stato de' 6 andante, uniformemente al parere del Consiglio de' Mi-
» nistri, si è degnata ordinare che cotesto Consiglio si occupi sen-
» z' altro, dello esame de' già elevati due su enunciati conflitti.

» Nel Real Nome ec. ec. »

## §. CCCXXXIV.

*Osservazioni in senso opposto al mentovato rescritto.*

815. In verità, la massima dichiarata da questo rescritto è degna di considerazione: ma potrebbesi osservare ch' esso poggia in parte la sua disposizione sopra una circostanza, che costituisce precisamente il punto quistionabile, vale a dire, che trovandosi in quelle due specie già dichiarata la esistenza di un conflitto, doveasi procedere necessariamente alla sua risoluzione. Ma l'esame versa appunto nel vedere, se possa dirsi legalmente esistente un conflitto, quando non siensi osservate quelle formalità che il decreto del 1810 esige imperiosamente per elevarlo. Dire che torni superfluo l'atto di avocazione, sta in opposizione coi principî più elementari ricevuti da tutti gli scrittori sulla materia, e giustificati dalle stesse disposizioni testuali della legge, perchè significa sospendere la giurisdizione senza che il magistrato, che dovrebbe conoscere della contesa, sia interpellato sull' obbietto. Nè tanto meno parmi esatto l'osservare, che la Suprema Corte di giustizia non abbia missione per co-

noscere delle quistioni di competenza fra le autorità giudiziarie e le amministrative; perciocchè, se la legge ha conceduto questo dritto necessario ai magistrati di un ordine inferiore, non si saprebbe comprendere come mai il Collegio Supremo, istituito, fra l'altro, per mantenere nei limiti dei propri poteri tutte le magistrature della propria gerarchia, non debba essere ammesso a far sentire la propria voce sulla quistione di competenza che interessa appunto l'ordine giudiziario, specialmente quando, avendo i tribunali inferiori esaurita la loro giurisdizione sull'affare, la quistione s'impegna direttamente con la stessa Suprema Corte innanzi a cui la controversia dovrebbesi riesaminare.

816. Del resto può vedersi da quel rescritto medesimo, che esso fu emesso in contradizione dell'avviso del Consiglio di Stato, il quale per ben due volte opinò in quei due casi dover precedere la deliberazione della Suprema Corte alla ordinanza di elevazione del conflitto.

## §. CCCXXXV.

### *Considerazioni della Reale Consulta di Sicilia in un caso simigliante.*

817. Aggiungo ancora, che in controsenso di questo rescritto opinò la Consulta di Sicilia nella causa tra il Marchese di Schysò ed il Comune di Taormina, nella quale sorse la identica quistione. Erasi in quella specie pronunziata, in grado di appello dal giudice regio, una sentenza diffinitiva dal tribunale civile. Dopo questa pronunziazione, l'intendente di Messina elevò *de plano* il conflitto, e notificò la sua ordinanza tanto al tribunale che avea pronunziato, quanto alla S. Corte di Sicilia. Dietro una tale comunicazione quel Supremo Collegio, riunitosi nella Camera del consiglio, considerava che la lite era estinta con la sentenza diffinitiva, e che per la mancanza del ricorso non trovava veruna causa alla quale quel conflitto avesse potuto riferirsi: quindi con sua deliberazione del 28 agosto

1847 dichiarava non trovar luogo a deliberare sul conflitto elevato.— Il Marchese chiedeva dalla cancelleria del tribunale la spedizione della sentenza: ma venivagli questa negata appunto per la elevazione del conflitto. Si volse allora egli al Governo di Sicilia, ed una ministeriale del Luogotenente generale del 6 ottobre 1849 ordinò, che attesa la mancanza del ricorso in Suprema Corte non esistea nè poteva esister conflitto legalmente elevato, e quindi impose il rilascio della chiesta spedizione. Intimata dopo ciò la sentenza al Comune e ad altri, produsse allora ricorso un tal Fiammingo, ch' era tra le parti condannate, sostenendo la incompetenza, e chiedendo l'annullamento di quella sentenza per la condanna che lo riguardava. Quella Suprema Corte allora, dietro il ricorso, ponendosi in contradizione della sua prima deliberazione, credette che legalmente potesse elevarsi un conflitto col tribunale che si è spogliato già della cognizione; e snaturando la sua missione, ch' era quella di discutere sulla propria competenza, opinò che quell' ordinanza dell' intendente fosse un atto valevole nel senso di legge a sospendere ogni altro procedimento: per il che, con una seconda deliberazione del 27 luglio 1850 ordinò, che si sospendesse di pronunziare sul ricorso di Fiammingo sino alle superiori determinazioni sul conflitto elevato.

818. Rimesso allora l'affare alla Consulta di Sicilia per parere, la medesima nella sua tornata del 28 novembre 1850 fermò l'importante principio di dritto pubblico sulla necessità dei tre atti sostanziali, nel conflitto che si eleva anche in grado di annullamento. Ed ecco le considerazioni che determinarono il suo avviso: — « Poi- » chè è piaciuto a S. M. di rinviare lo esame di opinioni sì diver- » genti a questa Consulta, con Real Rescritto del 24 settembre 1850, » la commissione pei conflitti di attribuzione, sul rapporto del Con- » sultore Cav. Cumbo, ha considerato sul proposito:

» Che ove la Suprema Corte ha stimato, che la sua giurisdi- » zione non era stata nè attaccata, nè sconosciuta, non ha posto » mente alla lettera del R. Decreto degli 8 ottobre 1825, ove fra » le altre cose si stabilisce:

» *Che il conflitto di attribuzione fra le autorità giudiziarie e* » *le autorità amministrative potrà essere elevato pendente il ricorso* » *per annullamento alla Corte Suprema di giustizia, o il termine* » *a produrlo.* Epperò, ove ciò avviene, come nella specie, la giu- » risdizione stessa della Suprema Corte è messa in dubbio dall' au- » torità amministrativa, che rivendica la sua competenza.

» Nè potrebbe avvenire altrimenti quando la Corte Suprema, » che sta a capo del potere giudiziario, rappresenta e garentisce la » integrità delle giurisdizioni che ne dipendono, e deve difenderne » le attribuzioni o rimproverarne le usurpazioni.

» Non è vero in fatto quanto asserisce la maggioranza, che non » esisteva con essa il conflitto; ed in dritto, che non poteva esistere.

» In fatto, il conflitto poteva esistere con essa sola, perchè il » tribunale civile avea di già deciso in grado di appello; e con ciò » erasi spogliato di qual si sia attribuzione sulla specie: quindi, se » potea esistere un conflitto, dovea esistere soltanto con la Supre- » ma Corte.

» In dritto, la possibilità di elevar conflitto con la Suprema » Corte è determinata dal decreto anzidetto. È troppo vero che la » elevazione del conflitto ha per motivo il contrastarsi delle com- » petenze, per decidere il merito della controversia; ma ove il me- » rito è stato deciso violandosi la ragione delle attribuzioni, non ri- » mane altro rimedio, che impedire che si formi la cosa giudicata; » e ciò che i privati effettuano col ricorso, l'organo del potere am- » ministrativo lo fa motivando le ragioni di un conflitto di attribu- » zione. Nel rispondere o nel contrastare a queste ragioni, la Su- » prema Corte non degrada, ma sublima l'uffizio suo, perchè in- » terpetra con la sua dottrina il pensiero del legislatore, ne fa ve- » dere i rapporti e le appartenenze, rischiara i dubbi che sorger » potrebbero sulla lettera della legge; sicchè, per l'esistenza del » conflitto, si presenti questo apparecchiato di sapienza alla decisio- » ne Sovrana.

» L' assurdo temuto dalla Suprema Corte, che il conflitto nel-

» la specie sarebbe doppio, l'uno assoluto col tribunale civile, e » l'altro ipotetico con essa, non esiste affatto: perchè conflitto col » tribunale civile non vi è stato mai, nè vi può essere dopo la sen- » tenza; con la Suprema Corte è rimasto meramente ipotetico, ma » per difetto di proseguimento da parte di essa e per difetto di sua » deliberazione motivata.

» Ma se per poco vogliamo richiamare i principî che regolano » le competenze, si vedrà chiaro, ch'essi attingono la ragione loro » al motivo eminente di mantenere integra ed indipendente l'at- » tribuzione di ciascuna magistratura, ed inviolata la distinzione » dei poteri.

» La Corte Suprema, che sta a capo di ogni altra magistra- » tura giudiziaria, non ha, nè può avere dominio di sorta sul po- » tere amministrativo, che da lei non dipende; ed è passibile di con- » flitto in quanto che, decidendo sul ricorso, completerebbe in mo- » do irretrattabile la cosa giudicata, ove forse ha potuto violarsi » la regola delle attribuzioni.

» Contrastare con un potere di natura e di funzioni diverse, » non è certo mettere a paragone la sua dignità e qualità con quel- » lo, quando fra loro non possono spiegare attribuzione di sorta al- » cuna; e però, se l'intendente eleva conflitto col giudice di Circon- » dario, senza per questo tener da meno la sua dignità, può benis- » simo elevar conflitto con la Suprema Corte, senza per questo at- » tenuar menomamente l'alta considerazione che si deve al Supre- » mo Collegio.

» Nello stato della controversia, il conflitto non può dirsi anco- » ra veramente esistente: e finchè la Suprema non decida l'appar- » tenenza della specie al potere giudiziario, resterà la possibilità di » un conflitto, ma non l'esistenza reale di esso. Che può in effetti » decidere sovranamente la Maestà del Re, quando il solo potere » amministrativo reclama la sua competenza, senza che il giudizia- » rio gliela contrasti? Ove si leggono le ragioni motivate, con che » il potere giudiziario abbia ritenuto la cognizione della specie? Ov'è

» attualmente la realità del conflitto? Non potea forse la Corte Su-
» prema trovar violate dal tribunale civile le regole di attribuzione,
» mettere nel nulla la sentenza, rinviarne l'esame, ed il tribunale
» di rinvio dichiarare la propria incompetenza, e rimandare i con-
» tendenti all' autorità amministrativa?

» Se ciò poteva avvenire, è volere un conflitto là dove anco-
» ra non è: è un voler ricorrere alla Sovrana potestà, prima di
» sperimentare i modi prescritti dal legislatore.

» Per tali considerazioni la Commissione porta avviso, che S. M.
» il Re, ove di meglio non giudicherà nel suo alto senno, possa
» prescrivere: —Che la Suprema Corte dia una sua motivata delibe-
» razione sul reclamo amministrativo spiegato dall' Intendente sulla
» competenza della specie, e nel caso di contrario avviso, rimetta
» al Governo le opposte deliberazioni per aspettare sul conflitto, al-
» lora solo esistente, l' alta decisione Sovrana — Firmati: Spacca-
» forno — Craxi — Cumbo ».

## §. CCCXXXVI.

### *Ragioni dimostranti che non altrimenti può risolversi il quesito proposto.*

819. A me pare che non si possa in alcun modo dubitare del-
la esattezza e della legalità di questi principî sviluppati dalla R. Con-
sulta sulla quistione. In effetti, il conflitto in grado di annullamen-
to può elevarsi in due casi possibili, vale a dire, o quando non an-
cora siesi prodotto il ricorso contro la decisione di appello, ovve-
ro dopo prodotto il ricorso. Sì nell'uno che nell' altro, sta contro
la legge ed i principî, che possa l' autorità amministrativa legalmen-
te elevar *de plano* il conflitto senza interpellare quel Supremo Collegio.

820. Nel primo, si violerebbe da un lato il principio della co-
sa giudicata, perciocchè tale è la decisione del magistrato fino a che
non sia impugnata in termine col debito gravame, e può divenire

un giudicato irrevocabile in forza di un atto di acquiescenza o di esecuzione volontaria della parte condannata: dunque ammettere la possibilità di un conflitto senza l'esistenza di un gravame, significa per via indiretta distruggere la inviolabilità della cosa giudicata. Dall'altro poi nella mancanza di un gravame, non potrebbe la Suprema Corte deliberare sulla competenza, in un giudizio della cui cognizione non è ancora investita: dunque la elevazione del conflitto violerebbe l'altro principio fondamentale, il quale prescrive che non si possa spogliare l'autorità giudiziaria della sua giurisdizione con un puro atto di volontà del potere amministrativo, e senza che prima si deliberi maturamente dal tribunale sulla quistione di competenza.

821. Nel secondo caso poi, vale a dire quando un gravame siesi prodotto, si cadrebbe sempre in quest'ultimo sconcio; perciocchè, mentre la lite è divenuta pendente in forza del ricorso della parte, si darebbe balìa all'intendente di sospendere l'esercizio di ogni atto giurisdizionale del Supremo collegio, senza l'adempimento di quelle forme di ordine e d'interesse pubblico, volute dal decreto del 1810.

822. È ben vero che il decreto del 1825, attribuendo allo Intendente la facoltà di elevare il conflitto *pendente il termine* a produrre il ricorso, sembra averne voluto permettere la elevazione prima che questo si produca. Ma da ciò non può cavarsi che se ne possa dichiarar la legale esistenza, quando la Suprema Corte non ancora abbia emessa la sua deliberazione: una tale interpetrazione è respinta non solo da tutt'i principî sposti di sopra, ma ancora dalla seguente disposizione dell'art. 3 dello stesso decreto del 1825. In effetti, con essa si dichiara ch'esso s'intenda far parte integrale dell'altro del 1810, e che perciò sieno applicabili al conflitto in grado di annullamento i modi, le condizioni e le forme in questo prescritte. Or, poichè quel decreto contiene, com'era indispensabile, la necessaria condizione della pendenza di lite e la precedente deliberazione del magistrato contro cui si promuove il conflitto, è evidentissimo che a mente del legislatore del 1825 debbano le condizioni medesime verificarsi innanzi alla Suprema Corte: la qual cosa

non potrebbe avvenire senza che il ricorso si produca. Laonde se l' art. 1.° dispone potersi elevare il conflitto *pendente* il termine, una tale facoltà debbe intendersi in un senso giuridicamente limitato, vale a dire che si possano fare gli atti di procedimento preparatorio, come sarebbe la così detta prevenzione di conflitto, ossia la proposta di declinatoria, da valere nel caso possibile che un ricorso si produca: ma non mai la elevazione legale, ossia la ordinanza dichiarativa del conflitto, la quale per una necessità logica e legale suppone già la pendenza di lite mediante il gravame, e presuppone ancora una deliberazione antecedente del magistrato sulla quistione di competenza. Parmi dunque incontrastabile, che se il conflitto, mercè un principio fondamentale che sta come garenzia della indipendenza dell'ordine giudiziario, non può mai elevarsi contro il giudice che ha esaurita la cognizione e se n'è spogliato, non può per lo stesso principio esistere o promuoversi contro quello ( niuno escluso ) che non ancora è stato investito del giudizio, e molto meno quando non ancora abbia manifestato la sua deliberazione sulla propria competenza.

823. Se tale è la soluzione, che a norma dei principi inviolabili di legge e di ragione debbe avere la quistione in esame, è a sperare, che ove un simigliante caso novellamente si presenti, si darà tutt' altra interpetrazione al decreto del 1825, decidendosi che le identiche tre forme sostanziali richieste innanzi ai tribunali inferiori per elevarsi il conflitto, debbano ugualmente essere adempiute innanzi al Supremo Collegio; e che perciò non possa esso legalmente aver luogo, se non quando si rianimi il giudizio mediante il rimedio straordinario del ricorso, e dopo la proposta di declinatoria e la deliberazione di competenza.

## §. CCCXXXVII.

*Sunto dei principî esposti, i quali costituiscono i canoni regolatori della materia.*

824. Dallo sviluppo delle idee che abbiamo fatto nei paragrafi precedenti, possiamo stabilire taluni principî generali, i quali a me paiono doversi ritenere come i canoni elementari e regolatori dei conflitti di attribuzione. Tali canoni possonsi riassumere nelle seguenti proposizioni principali:

1.° Le forme e gli atti di procedimento voluti dal decreto del 1810 per la elevazione dei conflitti di attribuzione sono di ordine pubblico, e quindi di stretto dritto.

2.° La loro inosservanza vizia il conflitto di una nullità radicale ed insanabile.

3.° Il conflitto può elevarsi innanzi a qualunque magistrato o tribunale, ed in qualunque stadio del giudizio, anche straordinario.

4.° Qualunque però sia lo stadio del giudizio, o in prima istanza, o in grado di appello, ovvero in grado di rimedio straordinario, il conflitto non può altrimenti elevarsi, che osservando sempre quelle forme e quegli atti sostanziali.

5.° Non può elevarsi conflitto quando sulla causa che ne è l'oggetto, esiste una sentenza o decisione passata in cosa giudicata.

6.° Non può elevarsi conflitto col giudice che ha già pronunziata una sentenza diffinitiva in merito, ma con quello che dovrà pronunziare in uno stadio successivo.

7.° Condizione indispensabile per la esistenza legale del conflitto in questo stadio da percorrere, è che esista o venga prodotto un gravame della parte.

## SEZIONE 4.ª

### Effetti della dichiarazione di conflitto.

§. *CCCXXXVIII. — L'ordinanza con cui si eleva il conflitto dall'autorità amministrativa, sospende ogni atto giurisdizionale di ambo le gerarchie, sotto pena di nullità.*

§. *CCCXXXIX. — Il precetto della sospensione va anche applicato alle sentenze e decisioni pronunziate anteriormente al conflitto.*

§. *CCCXL. — Il tribunale contro cui si rivendica la competenza, non potrebbe, posteriormente al conflitto, riconoscere la propria incompetenza.*

§. *CCCXLI. — L'autorità amministrativa del pari non potrebbe più ritrattare il conflitto.*

§. *CCCXLII. — Nè si potrebbe fare alcuna ingiunzione o divieto dall'intendente all'autorità giudiziaria.*

§. *CCCXLIII. — Il principio della sospensione nondimeno non riguarda gli atti conservatorî delle parti.*

## §. CCCXXXVIII.

*L' ordinanza con cui si eleva il conflitto dall'autorità amministrativa, sospende ogni atto giurisdizionale di ambo le gerarchie sotto pena di nullità.*

825. L' effetto generale, immediato e necessario della ordinanza dell' Intendente che dichiara la legale esistenza del conflitto, è senza alcun dubbio quello di sospendere qualunque atto giurisdizionale delle due magistrature che trovansi in collisione; e tale sospensione si opera di dritto dal momento stesso in cui è notificata nei modi di legge l'ordinanza che eleva il conflitto. Essa è la conseguenza rigorosa di quel principio di dritto e di ordine pubblico, il quale esige che le gerarchie investite delle funzioni esecutive dello Stato operino con armonia di azione, ciascuna nella sua propria sfera, e senza che l'una invada il campo dell' altra: dal punto in cui sorge il dubbio di una possibile usurpazione, e che tal dubbio sia assodato nei modi stabiliti dalla legge, diventa una necessità di ordine e di tranquillità pubblica l' interrompimento di ogni funzione sì dell' una che dell' altra autorità.

826. Nè ad impedir tale sospensione potrebbe servir di pretesto un vizio di procedimento o di forma nella elevazione del conflitto, siccome abbiamo detto innanzi. Ammettere il contrario sarebbe lo stesso che perturbare tutte le idee di ordine, perchè si darebbe alla stessa autorità, contro cui si rivendica la competenza, quel potere di giudicare sul merito del conflitto, che non può appartenere se non al solo funzionario Supremo che sta a capo di tutte le gerarchie dello Stato, e da cui parte ogni delegazione. Un tal principio non è mai raccomandato abbastanza; e la giurisprudenza del Consiglio di Stato in Francia ne ha fatto una costante applicazione, annullando ad un tempo sì l' ordinanza di conflitto viziata di qualche nullità, che gli atti e decisioni dei tribunali con cui si era preteso pronunziare su queste nullità.

827. Una decisione di una corte reale, violando l'autorità di un'ordinanza sovrana che confermava un'ordinanza del prefetto dichiarativa del conflitto, rinviò le parti innanzi al tribunale di prima istanza, la cui sentenza era stata annullata. Avverso una tale decisione, tacendosi il prefetto, fu prodotto ricorso in cassazione; ma poichè il ricorso non è sospensivo per sua natura, si continuò a procedere dall'attore innanzi al tribunale di prima istanza. Avendo quivi il prefetto novellamente elevato il conflitto, quel tribunale, giudicando esser propria la competenza sull'affare e nullo il conflitto elevato, si ricusò a soprassedere e continuò nei suoi atti giurisdizionali. Allora il consiglio di stato, cui venne sottoposto l'affare, con ordinanza del 2 luglio 1836 ( *Pierre* ) (1) dichiarò, che qualunque sia la nullità di questa seconda ordinanza di conflitto, la cui valutazione appartiene esclusivamente al re nel suo consiglio di Stato, il tribunale commette un eccesso di potere negando di sospendere il procedimento.

828. Ecco le parole di quella ordinanza: — « Vista l'ordinan- » za del 25 agosto 1835, con la quale abbiamo approvato il con- » flitto elevato dal prefetto d'*Ile-et-Vilaine* nel 9 maggio 1835, e » dichiarato come non avvenuta la citazione del 9 aprile 1835 fat- » ta ad istanza del signor Pierre al prefetto d'*Ile-et-Vilaine*, rap- » presentante lo stato, e la sentenza emessa dal tribunale di Ren- » nes nel 20 maggio 1835; — Viste le ordinanze regolamentarie del » 1 giugno 1828 e 12 marzo 1831; — Per quanto concerne l'or- » dinanza di conflitto del 21 marzo 1836; — Considerando che, die- » tro citazione fatta dal signor Pierre allo Stato, nel 9 aprile 1835, » il prefetto d'*Ile-et-Vilaine* ha proposto la declinatoria al tribuna- » le civile di Rennes, il quale, con sentenza del 20 maggio 1835, » si è dichiarato competente; — Che tale sentenza non ha formato » l'oggetto di veruna appellazione innanzi alla corte di Rennes; » ch'essa ha solamente dato luogo all'ordinanza di conflitto del 29

(1) Journ. du Pal., *Jurisp. admn.*, anno citato.

» dello stesso mese, approvata con nostra ordinanza del 25 agosto » seguente, ma che tale ordinanza, di cui il tribunale di Rennes » avrebbe riconosciuta l'autorità, è stata, dietro appello, conside- » rata come non avvenuta, perchè renduta fuori termine, da una » decisione della corte di Rennes del 28 gennaio 1836, la quale » non è l'oggetto di verun atto di conflitto, e trovasi solamente » deferita alla corte di cassazione mediante un ricorso il quale, per » sua natura, non è sospensivo; — Che in questo stato di cose, la » sentenza del 20 di maggio 1835 avea acquistato l'autorità di co- » sa giudicata, e che non apparteneva al prefetto, elevando di nuo- » vo il conflitto dietro la ripresa d' istanza operata in esecuzione » della decisione del 28 gennaio 1836, di rimettere in quistione la » competenza dell' autorità giudiziaria, la quale era diffinitivamen- » te riconosciuta da una sentenza emessa contro l' amministrazio- » ne; — Per quanto concerne la sentenza del tribunale di Rennes » del 26 maggio 1836; — Considerando che qualunque fosse il me- » rito dell' ordinanza di conflitto del 21 dello stesso mese, non ap- » parteneva che a noi di pronunziare su questo punto, nel nostro » consiglio di Stato, e che il tribunale di Rennes ha ecceduto i suoi » poteri e violato le prescrizioni dell' art. 16 della legge del 21 » fruttidoro anno III, ricusando di soprassedere dal giudizio sulla » causa: — Art. 1.° L' ordinanza di conflitto di sopra vistata del » 21 maggio 1836 è annullata. Art. 2.° La sentenza emessa dal » tribunale di Rennes nel 26 maggio 1836, sopra citata, sarà con- » siderata come non avvenuta, ecc. ».

829. Questo medesimo principio trovasi identicamente proclamato da altre ordinanze, fra cui sono notevoli quelle del 29 marzo 1831 (*Senna e Marna*), e 5 febbraio 1835 (*Zantet*) (1), le quali nel rispettare la massima importante, che in verun caso possano i prefetti elevare il conflitto di attribuzione, se non dopo che il tribunale abbia deliberato o pronunziato sulla declinatoria propo-

(1) Journ. du Pal. *Jurispr. admn.*, anni citati.

sta, consacrano poi del pari, che quando un conflitto sia stato elevato, fosse anche nullo per vizio sostanziale di forma, debbe da quel punto il tribunale sospendere qualunque suo procedimento giurisdizionale. Ond' esse annullano e dichiarano come non avvenuta, tanto la ordinanza di conflitto nullamente elevata, quanto le sentenze e decisioni con cui i tribunali si sono creduti competenti a pronunziare su tali nullità e passare oltre.

830. Presso di noi il principio medesimo è proclamato dalle testuali parole dell' art. 1.° del decreto del 16 settembre 1810, in cui viene disposto, che il conflitto fra le autorità giudiziarie ed amministrative sospende il corso dell' una e dell' altra sino a che non sia pronunziata una sovrana decisione sull' oggetto. E questa legge è andata ancor più oltre per assicurare l' osservanza delle sue disposizioni, essendochè nel seguente art. 11 fulmina la pena della destituzione per le contravvenzioni alle sue prescrizioni: tanto si è reputato necessario garentire l' osservanza di questo principio di ordine pubblico, ponendosi una sanzione così grave e minacciosa.

## §. CCCXXXIX.

*Il precetto della sospensione va anche applicato alle sentenze o decisioni pronunziate anteriormente al conflitto.*

831. Ed il principio della sospensione non è soltanto applicabile alle quistioni per le quali si è provocato il dubbio sulla competenza, e quindi il conflitto, ma eziandio a tutta l' azione nella sua continenza, in guisa che debbe intendersi sospesa anche l' esecuzione delle sentenze o decisioni già pronunziate e che formano parte integrante del giudizio pel quale si è elevato il conflitto. Tale sarebbe il caso in cui si fossero pronunziate delle sentenze o decisioni preparatorie o interlocutorie ordinanti una pruova o un mezzo istruttorio qualunque: non si potrebbe, senza violare il principio testè mentovato, procedere alla esecuzione di esse, se prima non

venga sovranamente decisa la quistione della competenza. La sospensione prescritta dalla legge debbe ritenersi come un principio assoluto e rigoroso, applicabile a qualunque atto di giurisdizione, e che prende vita nel punto stesso in che si è elevato il conflitto: da tal momento, qualunque atto pel quale è necessario l'intervento o il ministero del magistrato, contro cui si rivendica la competenza, diventa illegale e nullo.

832. La giurisprudenza non ha mancato di proclamare con varie decisioni quest'altra conseguenza necessaria del divieto imposto dalla legge, siccome se ne possono trovar gli esempi in alcune ordinanze del consiglio di Stato in Francia, fra cui è notevole quella del 2 agosto 1823 ( *Grétry* ) (1). Il signor Grétry avea disposto che dopo la sua morte il suo cuore fosse dato alla città di Liegi sua patria. Gli avvenimenti del 1815 impedirono a quel comune di reclamare la esecuzione di questo legato; ma nel 1816 i borgomastri della città ne fecero istanza presso gli eredi, e visto il poco frutto dei loro reclami citarono Flamand per esser condannato a consegnare la cassetta di piombo contenente questo deposito. Una sentenza del tribunale civile di Pontoise del 27 agosto 1822 rigettò l'azione dei borgomastri; ma dietro appellazione, la corte reale di Parigi nel 17 maggio 1823 considerò: « Atteso che l'estrazione del cuore di Grétry non è stata ordinata in nome della famiglia e accordata dall'autorità pubblica, se non per farne omaggio a Liegi, sua città nativa, che l'ha accettato ed ha fatto preparare un monumento per riceverlo; la corte ordina che il cuore di Grétry sarà ritirato dal giardino dell'*Ermitage*, in presenza del Sindaco della città di Montmorency-Enghien e dei commissari della città di Liegi, per essere consegnato a costoro, dietro ricevuta che sarà inserita nel processo verbale. » — Nel 20 giugno 1823, il prefetto di Parigi, considerando che la corte avea ecceduto i suoi poteri, elevò il conflitto. Ma la corte con due decisioni del 24 giugno e 14

(1) Journ. du Pal., *Jurispr. admn.* loc. cit.

luglio ordinò che si procedesse. — Ecco come considerò il consiglio di Stato: » Vista l' ordinanza del governo del 13 nebbioso anno X, » prescrivente che le ordinanze di conflitto saranno notificate al tri- » bunale dal commissario del governo, con dichiarazione che ai ter- » mini dell' art: 27 L. del 21 fruttidoro anno III, debbe sospen- » dersi qualunque procedimento giudiziario, sino a che il consiglio » di Stato abbia pronunziato sul conflitto; — Visto le nostre ordi- » nanze del 20 giugno 1821 e 20 aprile 1822; — Considerando » che ai termini delle nostre ordinanze quì citate, il conflitto può » essere elevato contro delle decisioni di corti reali, fino a che non » sono spirati i termini del ricorso in cassazione; — Che nella spe- » cie la decisione della corte reale di Parigi è stata renduta nel 17 » maggio 1823, e l' ordinanza del prefetto di polizia emessa nel » 20 giugno seguente; che per conseguenza il conflitto è stato eleva- » to nel termine utile; — Considerando che ai termini della ordi- » nanza regolamentaria del 13 nebbioso anno X, inserita nel Bul- » lettino delle leggi, debbe sospendersi ogni procedimento giudizia- » rio fino a che il consiglio abbia pronunziato sul conflitto; che per- » ciò la nostra corte reale di Parigi non avrebbe dovuto ordinare » di passarsi oltre alla esecuzione della decisione del 17 maggio » 1823; — Considerando sul conflitto, che non si può disporre del- » la spoglia mortale dell'uomo se non conformemente alle leggi che » proteggono le ceneri dei defunti, l' onore delle famiglie, e che » assicurano il mantenimento della salubrità, della decenza e del- » l' ordine pubblico; e che l' esecuzione delle leggi in questa mate- » ria appartiene esclusivamente all' autorità amministrativa; ecc. »

833. Lo stesso è stato dichiarato da un' altra ordinanza del 22 gennaio 1824 (*Garcement*) (1), la quale ritenne il principio che sia viziata di eccesso di potere un' ordinanza sopra rapporto, con cui si dispone la esecuzione di precedenti sentenze, non ostante che sia notificato già un conflitto. Le quali soluzioni son tutte la conseguen-

(2) Journ. du Pal., *Jurispr. admn.*, loc. cit.

za di quel canone legale, che dal punto in cui si è emessa l'ordinanza dichiarativa del conflitto, al solo capo supremo dello stato può esser dato di pronunziare sul dubbio di competenza, e che le autorità giudiziarie o amministrative debbano da quel punto astenersi da qualunque atto di procedura o di esecuzione che possa pregiudicare la decisione da emettersi sul conflitto. L'effetto esecutivo di qualunque sentenza o decisione già pronunziata viene sospeso *de jure* dalla elevazione del conflitto, e rimane in tale sospensione sino a che questo non sia sciolto.

## §. CCCXL.

*Il tribunale contro cui si rivendica la competenza, non potrebbe, posteriormente al conflitto, riconoscere la propria incompetenza.*

834. Si è mossa quistione per sapere, se il debito della sospensione disposto dalla legge giungesse sino al punto da impedire al tribunale, posteriormente al conflitto elevato, di dichiarare la propria incompetenza; o in altri termini se l'obbligo di soprassedere possa togliergli la facoltà di riconoscersi incompetente. Al certo una tale quistione non può riguardare, che il caso in cui il tribunale non avesse già emessa una deliberazione di competenza, prima che il conflitto sia elevato; perciocchè, allorquando il tribunale si fosse dichiarato incompetente, non potrebbe più ritrattare la propria sentenza, stantechè i principî sulla cosa giudicata vi opporrebbero un ostacolo invincibile. Potrebbe dunque credersi, a primo aspetto, che una tale quistione divenga oziosa, perciocchè dovendo, per necessità di procedimento dei conflitti, emettersi dal tribunale una deliberazione sulla proposta declinatoria (necessità rigorosa di che altrove abbiamo fatto cenno), e ciò precedentemente alla elevazione del conflitto, sembra perciò impossibile che possa verificarsi il caso di una deliberazione posteriore.

835. Se non che, essendo per varî rescritti di massima inval-

so tra noi il principio, che in Suprema Corte possa il conflitto elevarsi *de plano* senza provocare veruna deliberazione di quel supremo collegio, la quistione potrebbe in tal caso divenire di una qualche importanza. — Ora, per sostenere che il tribunale possa spogliarsi con una decisione d' incompetenza emessa dopo l'ordinanza di conflitto, può dirsi che lo scopo unico della rivendicazione dell' intendente è quello d' impedire all' autorità giudiziaria di usurpare le funzioni dell' ammistrazione: nel proclamare la propria incompetenza, il tribunale si spoglia, e riconosce la giurisdizione dell' autorità amministrativa; il che in altri termini significa, ch' esso presta acquiescenza all' azione revindicatoria. Della qual cosa potrebbe tanto meno dubitarsi, in quanto che, se la dichiarazione di incompetenza avesse preceduto l'ordinanza di conflitto emessa dall' Intendente, il conflitto non avrebbe esistito, perchè sarebbe mancata la causa del suo nascimento: dunque, se ne potrebbe conchiudere, tale dichiarazione può del pari farsi posteriormente.

836. Ma a me non pare che una tale conseguenza sarebbe legittima. Il tribunale, nel dichiarar la propria incompetenza dopo elevato il conflitto, violerebbe la disposizione assoluta della legge, la quale impone di sospendersi qualunque atto giurisdizionale, e ciò senza veruna eccezione. Non è più in suo potere da quel punto di prestare acquiescenza all' azione vindicatoria esercitata dall' autorità amministrativa. Il regolamento delle competenze si rannoda strettamente all' ordine pubblico, nè può formare obbietto di transazioni arbitrarie e fatte con deliberazioni tardive: quando la collisione di poteri è già legalmente assodata con la dichiarazione fattane dall' autorità amministrativa all' uopo delegata, rientra nella suprema ed esclusiva prerogativa del capo dello stato sciogliere la lotta mediante l' attribuzione della competenza a chi spetta; e quel tribunale il quale di proprio capo volesse risolverla, anche quando prestasse acquiescenza alla declinatoria, ma nel momento in cui la quistione è passata già nella sfera e nel dominio del potere supremo, violerebbe i principi vitali su cui poggia l' ordinamento delle gerarchie delegate,

usurpando un potere riserbato esclusivamente all'alta amministrazione del Re. — Del rimanente una tale opinione trova l'appoggio di un concorde avviso degli scrittori speciali della materia, come può vedersi in Cormenin (1) ed in Serrigny (2).

## §. CCCXLI.

### *L'autorità amministrativa del pari non potrebbe più ritrattare il conflitto.*

837. E lo stesso principio che vieta al tribunale di procedere a qualsivoglia atto di giurisdizione dopo elevato il conflitto, vieta del pari all'intendente di annullare o ritrattare in qualunque modo il conflitto. Dopo ch'egli ha emessa la corrispondente ordinanza sul proposito, cessa ogni suo uffizio, nè può essere più in sua potestà di fare alcun atto che attenti al dritto del sovrano, chiamato esclusivamente a risolverlo. Egli aveva la sola missione d'intentare un'azione rivindicatoria di potestà, che avesse a fondamento ragioni e necessità di ordine pubblico: compiuto un tale uffizio, non può più desistere, nè fare abbandono a suo arbitrio del potere che avea obbligo di rivendicare.

838. Ciò è stato solennemente consecrato da una ordinanza del Consiglio di Stato in Francia, la quale parmi meritevole di molta considerazione. — Nel 1 aprile 1823 il prefetto della Senna emette un'ordinanza con cui dispone di apporre amministrativamente, per mancanza di eredi, i suggelli su gli effetti mobili componenti la successione della signora Sibert di Saint-Ilaire. Nasce contesa innanzi al tribunale civile di Parigi tra Leroy e Duchamel, i quali ambedue assumono la qualità di eredi della defunta dama. Sentenza che ordina di soprassedere sino a che sia deciso da chi di dritto

(1) *Questions de dr. admn.*, t. 1. p. 456.

(2) *Traité de la compet. en matière content. admn.*, vol. 1. p. 216, n. 196.

sulla ordinanza del 10 aprile. Appello innanzi alla corte reale di Parigi. Nel 21 agosto 1823 ordinanza del prefetto con cui si eleva il conflitto; e tale ordinanza viene notificata alla corte reale. Nel 30 dello stesso mese, novella ordinanza con cui il prefetto dichiara rivocare la sua prima decisione. — Il consiglio di Stato represse questo eccesso di potere, annullando le due ordinanze nel 7 aprile 1824 con le seguenti brevi considerazioni: — « Ch' essendosi l'elevato con» flitto notificato alla corte reale, non poteva essere pronunziato che » da noi nel nostro consiglio di Stato sul detto conflitto, e che il » prefetto ha ecceduto i suoi poteri nel rivocare l'ordinanza di con» flitto; — Considerando in merito, che si tratta di decidere se i » signori Leroy e Duhamel sono eredi della signora Sibert di Saint» Hilaire, e che tale quistione è di competenza dei tribunali ordi» narî: — Art. 1.° l' ordinanza del prefetto del dipartimento della » Senna del 30 agosto 1823 è annullata in quanto desiste dal con» flitto elevato con ordinanza del 21 agosto 1823. — Art. 2.° La » detta ordinanza del conflitto del 21 agosto 1823 è annullata. Le » parti sono rinviate innanzi ai tribunali ordinarî, ecc. ». (1)

839. Tale decisione adunque ribadisce sempre più il principio esposto, vale a dire, che dal punto in cui si è elevato il conflitto e si è debitamente comunicato al tribunale contro cui si rivendica la competenza, è vietato qualunque atto, che tenda a ritrattarlo o confermarlo, tanto da parte dell' una che dell' altra gerarchia; e ciò anche quando si riconoscesse mal fondato da chi lo ha elevato, ovvero ben fondato dal tribunale contro cui si promuove. Elevato il conflitto, la quistione rientra essenzialmente nella sfera di potestà del potere supremo, nè è più dato alle autorità inferiori porvi mano o pregiudicarlo con qualsiesi atto.

(1) Journ. du Pal. anno 1824, 7 aprile (*Leroy*).

## §. CCCXLII.

### *Nè si potrebbe fare alcuna ingiunzione o divieto dall' intendente all' autorità giudiziaria.*

840. Ma se questo principio è incontrastabile, è del pari indubitato che il precetto della sospensione vieterebbe all'intendente, dopo elevato il conflitto e comunicatolo al tribunale, d' intimargli alcun atto o fargli qualche ingiunzione relativa al conflitto stesso. Ripeto, che allorquando l' autorità amministrativa ha comunicata legalmente la sua ordinanza di conflitto, ha esaurito ogni suo ufficio. In conseguenza non potrebbe, dopo una tale ordinanza, ingiungere al tribunale di sospendere l' esecuzione della sentenza pronunziata, o di qualche altra sentenza precedente, relativa al giudizio; ed ove ciò facesse, commetterebbe un eccesso di potere, e ferirebbe l' indipendenza del potere giudiziario. Al solo capo supremo dello Stato è attribuita la potestà di annullare quegli atti della gerarchia giudiziaria che fossero emanati incompetentemente, e contro il precetto della sospensione ordinato dalla legge.

841. Tale applicazione del principio trovasi anche confermata da due altre ordinanze del Consiglio di Stato del 25 decembre 1827 ( *Lemoine* ), e 25 aprile 1828 ( *Janzé* ) (1).

## §. CCCXLIII.

### *Il principio della sospensione nondimeno non riguarda gli atti conservatorî delle parti.*

842. Se non che, il precetto della sospensione è efficace unicamente nel rapporto degli atti giurisdizionali sì dell' una, che del-

(1) V. Journ. du Pal. *Jurispr. admn.*, anni citati.

l'altra gerarchia; ma non potrebbe ricever mai una tale estensione da comprendere anche quegli atti che fossero nell'interesse delle parti contendenti, e che non avessero mestieri dell'intervento o del ministero del magistrato ordinario o amministrativo. La elevazione del conflitto può sospendere l'esercizio della giurisdizione delle autorità, la cui competenza rispettiva è posta in dubbio; ma la legge non ha voluto, nè poteva volere che le parti si astenessero da quegli atti puramente conservatori dei loro dritti. Quindi, se lo stato di conflitto sospende la giurisdizione, ed in conseguenza la esecuzione di quelle sentenze che già fossero pronunziate dal magistrato, non per questo verrebbero sospesi i termini stabiliti dalla legge per gravarsene, quantunque non possano essere eseguite. Suppongasi, a modo di esempio, che nel giudizio sia stata emessa una sentenza interlocutoria che ha ordinato una pruova o un mezzo d'istruzione, la cui ammissibilità, disputata tra le parti, imprime ad essa il carattere di una sentenza *quæ habet vim difinitivæ*; se in tale stato di cose sorga e si elevi il conflitto, non potendo tal sentenza eseguirsi, non si potrà al certo procedere al mezzo istruttorio ordinato; ma la parte che se ne crede lesa, dovrà produrne appellazione prima che spiri il termine per l'ammissibilità di tal gravame, senza credersi autorizzata a poterlo produrre dopo che il conflitto sarà sciolto sovranamente. Allora, ove mai avvenga che la competenza sia attribuita allo stesso giudice ch'era investito del giudizio, il trascorrimento del termine utile ad appellare avrà prodotto un pregiudizio irreparabile, nè potrà essere ammesso un gravame posteriore; perciocchè, ripeto, il precetto della sospensione impera su gli atti giurisdizionali dell'autorità, non su gli atti conservatori delle parti, pei quali non si richiede cooperazione o intervento dell'autorità stessa.

## CAPO TERZO

### DEL CONFLITTO NEGATIVO DI ATTRIBUZIONE E DELLE SUE FORME.

§. *CCCXLIV.* — *Che cosa debbe intendersi per conflitto negativo. Silenzio della legge sul proposito.*

§. *CCCXLV.* — *Quali vie sono aperte per ristabilire il corso della giustizia interrotto dal conflitto negativo.*

§. *CCCXLVI.* — *Vi è forse necessità di ricorrere preventivamente per via diretta nell' ordine gerarchico, contro una delle decisioni? Antica giurisprudenza francese.*

§. *CCCXLVII.* — *Giurisprudenza contraria della corte di cassazione.*

§. *CCCXLVIII.* — *Nel conflitto negativo di attribuzione si può direttamente ricorrere alla via di regolamento di competenza.*

§. *CCCXLIX.* — *Autorità competente a sciogliere il conflitto negativo di attribuzione.*

§. *CCCL.* — *Forme richieste per lo scioglimento del conflitto negativo.*

## §. CCCXLIV.

*Che cosa debbe intendersi per conflitto negativo. Silenzio della legge sul proposito.*

843. Siccome abbiamo cennato altrove, si dà il nome di conflitto negativo alla dichiarazione d' incompetenza che rispettivamente si faccia dall' autorità giudiziaria e dall' autorità amministrativa, sopra uno stesso affare che sia stato prodotto successivamente innanzi ad esse, e tra le medesime parti. Questa reciproca dichiarazione, con cui ciascuna delle due autorità manifesta la propria incompetenza sulla causa, non può dirsi un vero conflitto nel significato proprio della parola; perciocchè lungi dall' attribuirsi il dritto esclusivo di giudicar sull' affare, ambe le autorità se ne spogliano. L' ordinanza del 12 decembre 1821 in Francia qualificava tali conflitti col nome di *regolamenti di giudici*, ordinando nell'art. 8, che per quanto concerneva questi regolamenti di giudici conosciuti sotto il nome di conflitti negativi, si fosse continuato a procedere come per lo passato.

844. Intanto il nostro decreto del 1810, a simiglianza dell' ordinanza del 1828 che impera in Francia, non fa parola di questa specie di conflitti negativi, nè contiene veruna disposizione sul proposito. Non si potrebbe trovare altro motivo di questo silenzio, se non nella considerazione, che tali dichiarazioni rispettive d'incompetenza delle due autorità giudiziaria ed amministrativa, non stabilendo niuna lotta o collisione reale ed effettiva tra due poteri rivali, non producono verun turbamento nè disordine positivo nello stato, perchè non impediscono nè pongono ostacolo al movimento ed all'azione governativa; mentre, per lo rovescio, il conflitto positivo, consistendo in una usurpazione dell' una sull' altra gerarchia, disordina e perturba quell' armonia di funzioni con cui debbono ambe procedere nella rispettiva sfera loro assegnata dalle leggi. Gli sconci che

produce un conflitto negativo hanno, senza dubbio, una relazione diretta agl' interessi privati delle parti, le quali, attesa la rispettiva dichiarazione d' incompetenza delle due autorità, si trovano nella condizione di non avere nel momento un giudice che possa pronunziare sulla loro controversia. Questo è senza fallo un inconveniente gravissimo per gl' individui su i quali riverbera; ma esso è assai minore di quello derivante da un conflitto positivo, in forza del quale non il solo interesse privato, ma l' ordine sociale viene perturbato per la lotta impegnata tra le due gerarchie.

## §. CCCXLV.

*Quali vie sono aperte per ristabilire il corso della giustizia interrotto dal conflitto negativo.*

845. Di qui la conseguenza, che i mezzi ordinari di procedura sono sufficienti a dar termine a questo sconcio, senza essere di un' assoluta necessità di ricorrere a mezzi straordinari. Tali mezzi sono di due specie: il primo consiste nel ricorso diretto mediante appello o altrimenti, nell' ordine gerarchico, contro le decisioni delle autorità che si sono dichiarate incompetenti; il secondo sta nel ricorso per regolamento di giudici. In effetti, la dichiarazione rispettiva di incompetenza dei corpi amministrativi o giudiziari non obbliga immediatamente le parti a provvedersi per la via straordinaria di regolamento di giudici. Una parte presenta una domanda giudiziaria innanzi al consiglio d' intendenza, il quale dichiara la propria incompetenza; si rivolge posteriormente al tribunale civile, il quale si rifiuta del pari a conoscerne: essa può allora produrre appellazione da questa sentenza innanzi alla G. C. civile, e poscia ricorrere innanzi alla S. Corte di giustizia. Solo quando le decisioni rispettive d' incompetenza emanate dalle due autorità superiori amministrative e giudiziarie avranno acquistato forza di cosa giudicata, sarà assodato che non si è potuto ottener giustizia per tali vie; ed

allora solamente diventerà necessaria la diffinizione di competenza per la via straordinaria di regolamento di giudici.

846. Questa facoltà che hanno le parti di impugnare per le vie gerarchiche le dichiarazioni rispettive d' incompetenza delle autorità amministrativa e giudiziaria nel caso di conflitto negativo di attribuzione, è la stessa di quella conceduta dalla legge nel caso di conflitto negativo di giurisdizione tra due tribunali della medesima gerarchia. Se una parte intenta un' azione innanzi ad un tribunale di commercio che se ne spoglia per incompetenza, e la produce in seguito innanzi al tribunale civile, il quale si dichiara eziandio incompetente, può essa impugnare direttamente con appello questa ultima sentenza, e non esser costretta a ricorrere alla via straordinaria di regolamento di giudici.

## §. CCCXLVI.

### *Vi è forse necessità di ricorrere preventivamente per via diretta nell' ordine gerarchico, contro una delle decisioni? Antica legislazione francese.*

847. Ma se indubitatamente le parti hanno questa facoltà di espletare i mezzi ordinari di procedura, può nondimeno muoversi dubbio, se tale facoltà sia per esse obbligatoria, in guisa che non possano ricorrere alla via straordinaria di regolamento di giudici se non quando abbiano esaurita l'altra. — Secondo l' ordinanza francese del 1737 concernente le avocazioni ed i regolamenti di giudici, era disposta esplicitamente l' affermativa nel tit. 2, art. 21, ov'era detto: « Allorquando, dietro declinatoria proposta da una delle parti, i primi giudici si saranno spogliati della cognizione della contesa, il convenuto in declinatoria non potrà essere ammesso a ricorrere nel nostro consiglio per ottenere un regolamento di giudici, salvo ad interporre appello dalla sentenza che ha pronunziato sulla declinatoria, o a provvedersi nel nostro consiglio contro la decisione che l'avrà confermata. Vogliamo che l' appello da ogni sentenza renduta sopra

declinatoria sia prodotto immediatamente innanzi alle nostre corti, ciascuna nella sua giurisdizione ». Laonde, secondo questa ordinanza, era necessario ricorrere alle vie gerarchiche prima di fare uso del mezzo straordinario di regolamento di giudici; e solo quando si fossero prodotte delle dichiarazioni d'incompetenza passate in cosa giudicata, si poteva ricorrere al *consiglio privato* delle parti ( presentemente la corte di cassazione ) per ottenere una diffinizione sulla competenza. Tale diffinizione per via di regolamento di competenza era riguardata come un mezzo straordinario, cui non era lecito praticare fino a quando fossero state aperte le vie ordinarie (1).

## §. CCCXLVII.

*Giurisprudenza contraria della corte di cassazione.*

848. Se non che, la corte di cassazione ha ritenuto come abrogata quella ordinanza dalla pubblicazione del codice di procedura civile; ed ha quindi ammesso il principio, con suo arresto del 26 marzo 1838, che sia puramente facoltativo delle parti l'uso delle vie ordinarie nell'ordine gerarchico: — » Attesochè in dritto ( dice » quell'arresto ), il Codice di procedura civile ha segnato le regole » con le quali debbono essere esercitati i poteri attribuiti ai tribu» nali civili ed alle corti reali in materia di regolamenti di giudi» ci; che il suo art. 1041 abroga ogni legge, consuetudine, uso » e regolamento relativo alla procedura civile; che quindi le dispo» sizioni dell'ordinanza di agosto 1737, la quale è una legge spe» ciale alla corte di cassazione, non possono essere applicate alle » procedure seguite innanzi agli altri tribunali, ecc. » (2).

849. E questo medesimo arresto decise, che il regolamento di giudici è autorizzato dall'art. 363 c. civ. ( 455 ll. pr. civ. ), tanto

(1) V. Serrigny, *Conten. amm.* T. 1, n. 212.

(2) V. Sirey, 38, 1, 377.

pel conflitto positivo quanto pel conflitto negativo; che nel caso di declinatorie successivamente adottate, non avendo le parti più alcun giudice che possa pronunziare sulla loro controversia, si rende indispensabile indicar loro un tribunale che sia investito del potere di giudicare; e che veruna legge non impone ad esse l'obbligo di ricorrere esclusivamente al mezzo dell'appello contro le sentenze rese sulla competenza (1).

## §. CCCXLVIII.

*Nel conflitto negativo di attribuzione si può direttamente ricorrere alla via di regolamento di competenza.*

850. Questa teorica, come ben si scorge, è eminentemente razionale; dappoichè l'ordinanza del 1737, costringendo le parti a ricorrere preventivamente alle vie ordinarie di procedimento nella stessa gerarchia, le obbligava con ciò a spese le quali potevano avere un risultato negativo, e cagionare quindi una perdita di tempo e di numerario. Ond'è che presentemente può scegliersi la via più breve, più spedita e più sicura del regolamento di competenza col mezzo straordinario in caso di conflitto negativo, nello stesso modo come si può impugnare con appello la sentenza d'incompetenza. Quello che era un obbligo sotto l'antica legislazione, è rimasto ed è stato dichiarato puramente facoltativo sotto la nuova. Se le parti, usando di tale facoltà, ricorrono innanzi tutto alle vie gerarchiche, e non ottengono altro che un risultato negativo che le obbliga poscia a ricorrere al mezzo straordinario, debbono a sè stesse imputare la perdita del tempo e delle spese, perchè potevano senz'altro appigliarsi a questo mezzo decisivo.

851. Or questo principio relativo ai conflitti negativi di giu-

(1) In questo stesso senso può vedersi un'altro arresto della corte di cassazione del 20 gennaio 1841, in Sirey, 41, 1, 142.

risdizione tra le autorità di una medesima gerarchia, va necessariamente applicato ai conflitti negativi di attribuzione tra l'autorità amministrativa e quella dell'ordine giudiziario, quando cioè l'una e l'altra emettono rispettivamente la loro dichiarazione di incompetenza sulla causa. In tal caso non sono obbligate le parti ad espletare il mezzo dell'appello e della cassazione, per fare uso posteriormente della via straordinaria; ma possono *de plano* appigliarsi a quest'ultimo mezzo. Le ragioni di decidere son sempre le stesse.

852. In appoggio di ciò posso citare un arresto del consiglio di Stato in Francia del 20 giugno 1839 (*Comune di Thizay*) (1), che contiene implicitamente questo principio. — Era nata quistione tra il signor Ferrand ed il Comune di Thizay sull'uso e sulla necessità pretesa dal comune delle acque di una sorgente che trovavasi nel fondo del primo. La quistione erasi prodotta innanzi al tribunale civile, dopo che l'amministrazione avea colà rinviate le parti per diffinire la contesa; ed il tribunale avea per l'opposto dichiarata la sua incompetenza per l'oggetto. Prodottosi allora direttamente ricorso innanzi al consiglio di Stato, così venne deciso: — « Considerando che risulta dalle circostanze della istruzione » trattarsi, tra il Comune di Thizay ed il signore Ferrand, di sa- » pere se vi ha luogo tra le parti all'applicazione dell'art. 643 » c. civ., relativo all'uso ed alla necessità delle acque di una sor- » gente a profitto degli abitanti di un comune; che in conseguen- » za spetta all'autorità giudiziaria di conoscerne: — Art. 1. La di- » sposizione della sentenza impugnata, con la quale il detto comu- » ne di Thizay è rinviato innanzi all'autorità amministrativa, è con- » siderata come non avvenuta. — Art. 2. Il detto comune è rin- » viato innanzi al tribunale civile di Chinain per pronunziarsi sulle » difficoltà esistenti tra esso ed il signor Ferrand. »

(1) Journ. du Pal., *Jurispr. admn.*, anno citato.

## §. CCCXLIX.

*Autorità competente a sciogliere il conflitto negativo di attribuzione.*

853. Riguardo poi all' autorità competente ad emettere la dichiarazione circa il regolamento di competenza nel conflitto negativo di attribuzione, niun dubbio può esservi che debbasi seguire lo stesso principio indicato per la diffinizione di competenza nel caso di conflitto positivo. Poichè le due autorità, che si son dichiarate incompetenti, appartengono ciascuna ad una gerarchia distinta e separata, bisogna perciò ricorrere all' autorità suprema che sta a capo di entrambe le gerarchie, e da cui emana appunto ogni potere delegato ad esse attribuito. Se dunque un tribunale ordinario ed un corpo amministrativo sonosi con le rispettive decisioni dichiarati incompetenti nella causa, si dovrà, al pari di quanto si opera nel conflitto positivo, impetrare dal Re la diffinizione sovrana di competenza, perchè egli solo è il superiore comune da cui emana ogni giustizia ed ogni delegazione di potere.

## §. CCCL.

*Forme richieste per lo scioglimento del conflitto negativo.*

854. Se non che, essendo il conflitto negativo di attribuzione di tutt' altra natura che non è il conflitto positivo, non sembrano necessarie quelle stesse forme rigorose di procedimento imposte dalla legge per quest' ultimo, e di che abbiamo lungamente discorso nel capo precedente. La natura stessa delle cose ne fa scorgere la inutilità. Ed in effetti, la diffinizione di competenza, renduta necessaria da un conflitto negativo, interessa direttamente le parti, le quali non sono d' accordo sul giudice competente a decidere della loro controversia. L' attribuzione della competenza adunque costituisce

meno una quistione d' interesse e di ordine pubblico, che una quistione d' interesse individuale e privato dei collitiganti. L' autorità amministrativa in tal caso non interviene come parte attiva ed interessata in tale quistione : essa nulla reclama e nulla rivendica. Le sole parti son quelle che cercano di ottenere indicazione certa del giudice, che debbesi impossessare del giudizio.

855. Dal che procede la conseguenza necessaria, che la proposta di declinatoria, la deliberazione di competenza, e l' ordinanza formale con cui si eleva il conflitto, forme tutte rigorose e sostanzialmente richieste nel caso di conflitto positivo, sarebbero del tutto inutili quando si verifica un conflitto negativo. Allora, se le parti, in luogo di espletare i gravami nella stessa gerarchia per far riformare la decisione d' incompetenza, preferiscano d' impetrare una risoluzione sovrana, come mezzo più spedito e sicuro, debbono direttamente al Re indirizzare la loro domanda per ottenerne l' analoga diffinizione.

856. Questo medesimo principio è stato riconosciuto dalla giurisprudenza francese del consiglio di Stato, il quale ha ritenuto costantemente, che senza esservi bisogno pei conflitti negativi di quelle forme volute dalla ordinanza del 1828 intorno ai conflitti positivi, debbasi l'affare presentar dalle parti con analoga domanda al Re per la indicazione del giudice competente. Se non che, trattandosi di una quistione di mero interesse privato, e quindi d' indole contenziosa, debbe essere introdotta e discussa con forme contenziose: onde si ritiene colà, che la dimanda per regolamento di giudici in un conflitto negativo di attribuzione si debbe presentare al Consiglio di Stato con istanza contenente costituzione di avvocato, e ch' essa debba esser comunicata, istruita e giudicata nella forma del regolamento del 22 di luglio 1806 (1).

857. Ma presso noi, non essendo ritenuta nè riconosciuta veruna discussione contenziosa presso il Consiglio di Stato, lo sciogli-

(1) V. Serrigny *Contenz. Amm.* T. 1, p. 234, n. 216.

mento del conflitto negativo verrebbe fatto con le medesime forme prescritte dalla legge pel conflitto positivo ; vale a dire, che il Re decide sulla quistione di competenza udito il suo consiglio di Stato, e previo l'avviso della reale Consulta, la quale debbe emettere, in forza del suo decreto organico, il proprio parere su tutte le quistioni di competenza fra le diverse autorità dello Stato.

## CAPO QUARTO

### DELLA DECISIONE SUL CONFLITTO, E SUOI EFFETTI.

§. *CCCLI.* — *Mancanza di termini per la sovrana decisione sul conflitto, e loro necessità. Sistema adottato dalle leggi francesi.*

§. *CCCLII.* — *Simile mancanza di forme determinate per la decisione di scioglimento del conflitto.*

§. *CCCLIII.* — *Effetti generali della decisione emessa sovranamente sul conflitto.*

§. *CCCLIV.* — *Se la indicazione di un' autorità speciale, fatta dalla decisione risolutiva del conflitto, possa legar le parti.*

§. *CCCLV.* — *La decisione sul conflitto impedisce che il magistrato, cui la competenza è attribuita, riesamini la quistione di attribuzione.*

§. *CCCLVI.* — *Purchè non sopravvengano nuovi elementi nel giudizio, ovvero si tratti di quistioni non contemplate dalla decisione di conflitto.*

§. *CCCLVII.* — *La decisione del conflitto elevato in grado di appello non rianima la lite, che nel solo interesse di chi si è gravato.*

§. *CCCLVIII.* — *Lo stesso è a dirsi in caso di ricorso per annullamento.*

§. *CCCLIX.* — *Lo stesso avviene nel giudizio di opposizione di terzo.*

§. *CCCLX.* — *Questo principio riceve eccezione nel caso soltanto di causa individua.*

§. *CCCLXI.* — *Sviluppo circa il principio della indivisibilità dei giudizi e sua limitazione.*

## §. CCCLI.

*Mancanza di termini per la sovrana decisione sul conflitto, e loro necessità. Sistema adottato dalle leggi francesi.*

858. Elevato una volta legalmente il conflitto, e veduto qual' è l' effetto necessario che scaturisce da tale elevazione, rimane a vedere con quale procedimento e con quali forme debb' emettersi la sovrana decisione che lo risolve. Sul proposito è a deplorare il silenzio del nostro decreto del 1810, non che dell' altro del 1825, i quali mentre provveggono minutamente a tutte le formalità richieste per elevare il conflitto da parte dell' autorità amministrativa, si tacciono poi sulle forme e su i termini da osservarsi per provocare la decisione sovrana. Si può comprendere a colpo d' occhio quale grave nocumento debbe arrecare questa mancanza di provvedimenti della legge, specialmente in ordine ai termini nei quali dee decidersi il conflitto dopo la sua legale elevazione. Se la decisione del conflitto dee risguardarsi come un atto di grave interesse pubblicò, non è poi di minore importanza nell' interesse privato di coloro che trovansi in giudizio. Sospesa, per la dichiarazione del conflitto, ogni potestà giurisdizionale del magistrato investito della controversia, e non ammesse le parti, mediante i loro legali rappresentanti, a provocare in termini stabiliti e fatali la decisione che sciolga il conflitto, è evidente che a gravissimi danni possono esse soggiacere per una sospensione indefinita, cui la legge non appresta verun rimedio. E non son rari gli esempî di cause che per lunghi anni son rimaste sospese nel loro ingresso con non lieve pregiudizio dei litiganti o di qualcuno tra essi, sol per determinare quale fosse il giudice competente nella specie.

859. E a sperare, che in vista di questi sconci, il provvido legislatore voglia sopperire al silenzio della legge, fissando dei termini entro i quali debbasi decidere della quistione di competenza.

Ma fino a quando questo voto non venga esaudito, non sarà del tutto inutile indicare con quali forme ed in quali termini si procede in Francia alla decisione che scioglie il conflitto.

860. Secondo le leggi francesi, elevato il conflitto dall' autorità amministrativa, la correlativa ordinanza ed i documenti vengono depositati nella cancelleria del tribunale, ove restano durante lo spazio di quindici giorni. Il procuratore del re ne dà avviso immediatamente alle parti o ai loro patrocinatori, i quali potranno prenderne comunicazione, e depositare nello stesso termine nella cancelleria le loro osservazioni sulla quistione di competenza. Lo stesso procuratore del re dee far costare l' invio della sua lettera di avviso, mediante ricevo delle parti, o dei loro patrocinatori, o del sindaco del loro domicilio. Ma non ci ha carenza per le parti, se non depositano le loro osservazioni nel termine di quindici giorni, e nulla impedisce loro d' indirizzare direttamente al consiglio di stato delle memorie sull'oggetto, sottoscritte da esse ó dai loro avvocati, fino alla decisione definitiva sul conflitto.

861. Spirato questo termine di quindici giorni, il procuratore del re è tenuto a trasmettere i documenti al ministro di giustizia, unitamente alle sue proprie osservazioni ed a quelle delle parti, se ve ne sono: la data di tale invio è consegnata in un registro a ciò destinato. Tali documenti da inviarsi sono, la citazione, le conclusioni delle parti, la declinatoria proposta dal prefetto, la deliberazione sulla competenza, e l' ordinanza che eleva il conflitto. Tra le ore ventiquattro da questo invio, il ministro di giustizia trasmette ricevuta dell' incartamento al procuratore del re, con la enunciazione distinta dei documeuti pervenuti; ed immediatamente debbe rimettere questo incartamento al segretario del Consiglio di Stato.

862. Il comitato di legislazione poi è quello che prepara e regola l' istruzione dell' affare: il qual modo d'istruzione è fondato sul carattere misto dell' ordinanza che pronunzia sul conflitto, ritenendosi questa come un atto di alta amministrazione che decide sopra un' azione di revindicazione del potere esecutivo. — Ma il rapporto

si fa all' assemblea generale del consiglio di Stato in seduta pubblica.

863. Il termine poi nel quale debb' emettersi la decisione sul conflitto è di due mesi, a datare dalla trasmissione dell'incartamento fatta al ministero di giustizia (art. 7 dell'ord. del 12 marzo 1831). Si è dovuto stabilire questo termine di rigore, pel principio, che interessa alle parti veder tolto prontamente l'ostacolo che si oppone alla decisione della loro causa. Se non che, la giurisprudenza ha ritenuto su tal punto, che se il primo invio dei documenti fatto dal procuratore del re al ministro non fosse compiuto, e non comprendesse tutt' i documenti prescritti dall'art. 6, non potendo esser preparato il rapporto, non comincerebbe il termine di due mesi se non dal secondo invio complementario (V. c. di cass. 23 luglio 1839) (1). In conseguenza di ciò, fino a che una istanza rimanga nello stato di conflitto innanzi all' autorità giudiziaria, se la mancanza di produzione di documenti ha impedito di pronunziarvi, qualunque sia il tempo trascorso dopo elevato il conflitto, non potrà esser mai opposto un fine di non ricevere contro il conflitto stesso (2).

864. Se non che, nel caso che l'invio dei documenti sia compiuto, le ordinanze francesi dichiarano quale sia l' effetto del trascorrimento del termine nell' interesse delle parti. — Secondo l'ordinanza del 1.° giugno 1828, art. 16 « Se i termini di sopra fissa- » ti spirano senza essersi deciso sul conflitto, l' ordinanza che lo ha » elevato sarà considerata come non avvenuta, e l'istanza potrà es- » sere ripresa innanzi ai tribunali. » — Quella del 12 marzo 1831, dopo aver fissato lo stesso termine di due mesi per la decisione, soggiunge: « Se un mese dopo spirato questo termine, il tribuna- » le non abbia ricevuta notificazione dell' ordinanza sovrana emessa » sul conflitto, potrà procedere alla decisione della causa. » — Infine l' altra ordinanza del 19 giugno 1840, nell' art. 35, dispone

(1) Sirey, 39, 1, 959.

(2) V. Ord. del cons. di St. del 18 decembre 1840 *(com. des Argut)*, — Journ. du Pal. *Jurisp. Admn.* anno citato.

che « i termini fissati dalla ordinanza del 12 marzo 1831 per la de-
» cisione dei conflitti, saranno sospesi durante i mesi di settembre
» ed ottobre ».

865. La combinazione di queste successive disposizioni ha dato luogo a difficoltà ed a dubbî circa l'effetto della decisione sul conflitto, quando fosse pronunziata dopo i due mesi, ma notificata fra i tre mesi; ovvero quando fosse renduta nel termine di due mesi, ma notificata dopo il trimestre. Questi dubbî, risoluti da due arresti della corte di cassazione del 31 luglio 1837, e 30 giugno 1835 (1), e censurati da Foucart (2), non possono essere di niuna applicazione per noi, perchè manchiamo di una disposizione che fissi un termine perentorio alla decisione sul conflitto. Ma qualunque esser possa la risoluzione di questi dubbî, non sarà men vero, che ritenendosi come saldo in quella legislazione il principio di non potersi indefinitamente sospendere e prolungare il corso della giustizia mediante un' ordinanza di conflitto, ove avvenga che fra i tre mesi seguenti all' invio dei documenti presso il ministero di giustizia, non abbia il tribunale ricevuta veruna comunicazione della decisione che lo scioglie, potrà giudicare, e la sua decisione è riputata legale e regolare, non ostante che il conflitto fosse stato convalidato. Ciò è ritenuto concordemente dagli scrittori francesi (3).

## §. CCCLII.

### *Simile mancanza di forme determinate per la decisione di scioglimento del conflitto.*

866. La nostra legge si tace ancora sulle formalità necessarie per provocare la decisione sovrana sul conflitto. Secondo le ordinan-

(1) Sirey 37, 1, 929 — 35, 1, 499.
(2) Tom. 3.° n. 352.
(3) V. Serrigny *Contenz. amm.* Vol. 1. n. 204.

ze francesi ora mentovate, abbiamo detto che il rapporto dell'affare si fa nell' assemblea generale del consiglio di Stato in seduta pubblica; ed ora dobbiamo soggiungere, che l'affare si discute e si giudica come tutti gli affari contenziosi propriamente detti, perciocchè la decisione sulla revindicazione di competenza non interessa solamente l'ordine pubblico per la usurpazione di un potere sull'altro, ma si collega strettamente all'interesse privato delle parti, alle quali importa veder rimosso l'ostacolo che loro impedisce di farsi rendere prontamente giustizia.

867. All'opposto, secondo la nostra legge del 1810 la decisione sul conflitto vien considerata meno come un' affare d'indole contenziosa, che come un affare di pura amministrazione pel quale non è ammesso l'intervento e la presenza legale delle parti. Ond'è, che senza prescriversi veruna forma speciale per provocare tale decisione, e senza accordarsi verun dritto alle parti di discutere per mezzo dei loro legali rappresentanti, si dispone semplicemente « che » gl' intendenti trasmetteranno al nostro ministro dell' interno copia » autentica della determinazione, con la quale hanno suscitato il » conflitto, insieme coi documenti che possono servire alla contro- » versia. I procuratori regi ne istruiranno, se lo stimino, il gran » giudice. Noi decideremo delle rispettive competenze, inteso il no- » stro consiglio di Stato ». Dalla qual disposizione è chiaro, che la decisione sovrana si emette unicamente dal Re ed in suo nome, dietro l' avviso dato dal Consiglio di Stato, il quale non opera in questo caso come un corpo investito di poteri contenziosi, ma unicamente come corpo consultivo che illumina il Re sulla decisione da emettere. Al che si aggiunge, come già abbiamo notato, che a tale decisione precede anche l' avviso della Reale Consulta, la quale per legge organica della sua istituzione dà il suo parere in tutte le quistioni di competenza.

## §. CCCLIII.

*Effetti generali della decisione emessa sovranamente sul conflitto.*

868. Pronunziata una volta la decisione sovrana sul conflitto elevato, essa produce degli effetti certi, ed inevitabili in ordine al dubbio di competenza che si è risoluto. Ma tali effetti variano, secondo che la competenza è attribuita all'una o all'altra gerarchia, ovvero secondochè venga il conflitto annullato per vizio di forma.— Se avvenisse che la decisione sovrana annullasse la ordinanza di conflitto per vizio sostanziale di forma, allora dovrebbe novellamente elevarsi dall'autorità amministrativa il conflitto innanzi allo stesso tribunale, adempiendo quelle formalità che si sono omesse. Questo costituisce una prima differenza importante tra la nostra giurisprudenza e la francese, la quale ha fissato non potersi più elevar conflitto innanzi allo stesso tribunale fuori il termine prescritto dalla ordinanza del 1. giugno 1828 ( V. ordin. del cons. 9 giugno 1838, *Roquelaine* ) (1). Tal differenza, come ben si scorge, deriva appunto dalla diversità di disposizioni contenute in quelle leggi, secondo le quali abbiam veduto esservi dei termini fatali e perentorî entro cui debbesi pronunziare e sciogliere il conflitto elevato.

869. Che se poi il conflitto venga annullato, non già per vizio di forma, ma unicamente perchè mal fondato, allora l'autorità giudiziaria contro cui si rivendicava la competenza rimarrà legalmente investita della causa, e la procedura riprenderà il suo corso dal punto in cui è stata interrotta mercè l'atto di elevazione del conflitto, che l'ha sospesa. — In ultimo, se il conflitto venisse confermato, si giudica con ciò che la revindicazione fatta dall'autorità amministrativa è ben fondata; ed in conseguenza la citazione,

(1) Journ. du Pal. *Jurispr. Admn.* anno citato.

la procedura e le sentenze o decisioni già pronunziate sulla causa son considerate come non mai avvenute.

870. Ben si comprende però che questo annullamento di tutti gli atti, ed anche della citazione fatta, non si potrebbe estender mai sino al punto da riguardar quest' ultima come improduttiva di effetto nel rapporto della prescrizione, ove ne fosse il caso. Se la giurisprudenza ritiene come non avvenuta la citazione, ciò è solamente sotto il rapporto della intimazione a comparire innanzi a quel giudice ch'è stato dichiarato incompetente; ma non mai nel senso di farla ritenere come non avvenuta in tutt' i casi. Non avrebbe potuto attribuirsi alla decisione del conflitto una tale esorbitanza di effetti, senza violare e distruggere la disposizione testuale dell'art. 2152 delle leggi civili, la quale dichiara che la citazione giudiziale fatta anche innanzi ad un giudice incompetente interrompe la prescrizione.

## §. CCCLIV.

### *Se la indicazione di un'autorità speciale, fatta dalla decisione risolutiva del conflitto, possa legar le parti.*

871. È indubitato che allorquando il conflitto è annullato perchè mal fondato, la decisione che lo scioglie a pro dell'autorità giudiziaria non può, nè debbe ingerirsi nella indicazione del tribunale speciale della gerarchia giudiziaria, che debbe conoscere dell'affare, perciocchè allora si farebbe una diffinizione di competenza, ossia un regolamento di giudici tra i tribunali giudiziarî, il che è fuori l'alta sfera di funzioni riserbata al Capo Supremo dello Stato. Esso non esercita che un atto di alta amministrazione mista nel regolare i soli conflitti di attribuzione, ma non potrebbe regolare e sciogliere i conflitti di pura giurisdizione ; facoltà spettante agli stessi tribunali delegati a ciò dalla legge. Or con la indicazione speciale del tribunale che debbe conoscerne, la decisione sovrana regolerebbe appunto un conflitto di giurisdizione e di attribuzione ad un tempo.

872. Lo stesso debbe dirsi nel caso che il conflitto venga confermato, e si attribuisca la competenza al magistrato dell'ordine amministrativo: allora neppure potrebbesi indicare quale sia l'autorità speciale della stessa gerarchia amministrativa, competente a conoscer dell'affare; e ciò risulta a primo tratto dalla stessa natura delle cose. In effetti, abbiam detto che la decisione sul conflitto è l'esercizio di un'alta funzione amministrativa mista, mercè la quale la gerarchia amministrativa rivendica una sua propria attribuzione. La conferma del conflitto suggella questa revindicazione contro l'autorità giudiziaria; e con ciò il capo Supremo dello Stato ha compiuta ed esaurita l'alta sua missione. Non si tratta già, in simil caso, di fare una ripartizione di competenza tra i funzionarî dell'ordine amministrativo: spetta alle parti di seguire quella via che loro sembrerà più regolare.

873. Si è mosso però il dubbio, se le parti debbano credersi legate, nel caso che la decisione sul conflitto contenesse una indicazione officiosa dell'autorità amministrativa, che nella sua opinione debb'essere investita dell'affare. Gli scrittori francesi non sono di accordo su tal punto. — Cormenin opina per la negativa, e sostiene che niuna delle parti possa essere obbligata da questa indicazione specifica, a rivolgersi a quella speciale autorità (1). — Serrigny poi pone innanzi una distinzione, la quale non potrebbe valere presso di noi, attesa la differenza della nostra legge su questo punto: « Se tutte le parti litiganti ( egli dice ) hanno discusso e conchiuso innanzi al consiglio di Stato nel momento del regolamento del conflitto, può dirsi che l'ordinanza intervenuta è obbligatoria per esse, non solamente in quanto toglie all'autorità giudiziaria la controversia che debbe decidersi, ma in quanto l'attribuisce a tale o tale altra autorità della gerarchia amministrativa. Che se, all'opposto, l'ordinanza sul conflitto sia stata emessa nell'assenza di una delle parti, si potrà bene opporgliela in quanto giudica la

(1) Quest. de dr. admn., t. 1., p. 454.

lotta tra i due poteri giudiziario ed amministrativo, perchè non eravi necessità ch' essa figurasse in questa discussione; ma non la si potrà opporre a lei in quanto giudica, nell' ordine amministrativo, quale fra queste autorità debba giudicare sulla contesa, perciocchè essa dovea essere rappresentata in tale discussione (1) ».

874. Come ben si scorge, una tale distinzione non può valere fra noi, perchè, ripetiamo, la nostra legge non riguarda la decisione sul conflitto come un atto interamente contenzioso, nè quindi ammette ostensibilmente le parti a figurare in questo giudizio. Cade dunque il motivo che ha indotto l' autore a tale soluzione. La sola ragione che a me sembra di grave momento, anche stando al testo ed allo spirito delle nostre disposizioni, è che certamente, in qualunque modo voglia considerarsi la decisione sul conflitto, sia come un atto di pura amministrazione riserbata, sia come un atto di alta amministrazione mista e contenziosa, sarà sempre indubitato, ch' essa è circoscritta a sciogliere un conflitto di attribuzione, e non già un conflitto di giurisdizione non ancora nato nè esistente, e la cui decisione è delegata esclusivamente dalla legge agli stessi tribunali superiori nell' ordine gerarchico, secondo i varî casi; che perciò non si potrebbe con la decisione sul conflitto fare la indicazione specifica dell' autorità, senza violare il principio stesso della delegazione assoluta di potere fatta alla stessa gerarchia; ond' è che tale indicazione, ove mai venisse fatta, dovrebbe considerarsi come non avvenuta, e potrebbero le parti volgersi a quell' autorità della gerarchia, dichiarata competente, che credano aver giurisdizione propria sull' affare, salvo a far decidere a norma della legge e dalle stesse autorità superiori della gerarchia adìta, il possibile conflitto di giurisdizione, che potesse nascere posteriormente.

(1) V. Contenz. Amm., t. 1.°, p. 207.

## §. CCCLV.

*La decisione sul conflitto impedisce che il magistrato, cui la competenza è attribuita, riesamini la quistione di attribuzione.*

875. Un altro effetto necessario ed immediato della decisione sovrana che scioglie il conflitto, è appunto quello d' impedire al magistrato della gerarchia, cui viene attribuita la cognizione dell' affare, qualunque riesame sulla quistione di competenza; perciocchè un autorità inferiore violerebbe la sovrana decisione ove riproponesse il dubbio di già risoluto dal Capo Supremo, da cui ha ricevuta la delegazione. Quindi è, che se il rescritto risolutivo della quistione di competenza, pronunziata dal Re, dopo essersi legalmente elevato il conflitto, rinvii il giudizio innanzi all'autorità amministrativa, e per esempio, innanzi al consiglio d' intendenza, non potrebbe il consiglio stesso, senza commettere un eccesso di potere, rinviare lo stesso giudizio innanzi al tribunale ordinario; perciocchè la decisione sovrana attribuisce irrevocabilmente la competenza. E lo stesso sarebbe in quanto al tribunale ordinario rispetto all'autorità amministrativa.

876. In conseguenza di questo principio dee dirsi, che se la decisione con cui si è risoluto il conflitto abbia attribuito senza alcuna riserba o restrizione la cognizione del giudizio tra le parti all' autorità giudiziaria, ovvero all' amministrativa, tale giudizio dovrà esser giudicato nella sua integrità dal magistrato a pro di cui si è sciolto il conflitto, senza che si possa da questo ritenere in parte la cognizione di talune quistioni, e rinviar per altre innanzi al magistrato dell' altra gerarchia.

877. Di questa applicazione del principio ce ne somministra esempio un' ordinanza del Consiglio di Stato del 2 febbraio 1826 ( *De Faudoas* ). Erasi elevato conflitto di attribuzione per un giu-

dizio in cui trattavasi di conoscere della validità e degli effetti di un versamento fatto nelle casse pubbliche. Un' ordinanza del 17 luglio 1822 attribuì, senza veruna restrizione, la competenza sull'affare al consiglio di prefettura; ma questo collegio, ritenendo la sua competenza a giudicare della sola validità, rinviò in quanto agli effetti del versamento stesso innanzi al giudice ordinario. Tale decisione venne annullata dal consiglio di Stato, con le seguenti parole: — « Per quanto concerne il ricorso del marchese di Faudoas » contro la dispositiva della decisione del consiglio di prefettura che » rinvia innanzi ai tribunali la quistione relativa agli effetti del ver- » samento del 23 luglio 1796 (5 termidoro anno IV); — Conside- » rando, sulla competenza, che l'ordinanza reale del 17 luglio 1822, » nell'approvare il conflitto elevato dal prefetto del Calvados, ha at- » tribuito, senza veruna riserba, all' autorità amministrativa il giu- » dizio delle quistioni litigiose sorte tra le parti sul versamento di » cui si tratta; e che il consiglio di prefettura, nel rinviare, con- » tro il tenore della detta ordinanza, una parte di tali quistioni al- » l' autorità giudiziaria, ha mal conosciuta la sua competenza ed ec- » ceduto i suoi poteri; — Considerando in merito, ecc. ecc. — » Art. 1.° L' ordinanza del consiglio di prefettura del dipartimento » del Calvados del 31 gennaio 1834 è annullata (1) ».

## §. CCCLVI.

*Purchè non sopravvengano nuovi elementi nel giudizio; ovvero si tratti di quistioni non contemplate dalla decisione sul conflitto.*

878. Questo principio però sviluppato nel paragrafo antecedente va inteso pel solo caso, in cui la quistione che ha dato luogo al con-

(1) Journ. du Pal., *Jurispr. Admn.*, anno citato. — V. anche Cormenin *Questions de dr. admn.* Vol. 1.° p. 194, nota 3.

flitto, e le parti che contendono, continuino a rimaner le stesse. Ma se dopo il rinvio per lo scioglimento avvenuto del conflitto, e dopo che il giudizio è stato ripreso innanzi all'autorità indicata dalla sovrana decisione, la quistione mutasse di aspetto, e per qualche novello elemento sopravvenuto, ovvero pel modo come viene nuovamente istituito il giudizio, essa divenisse estranea al tribunale innanzi a cui è stata rinviata (sia amministrativo, sia giudiziario), allora questo tribunale potrebbe, non ostante il rescritto dichiarativo della competenza, proclamare la propria incompetenza senza commettere un eccesso di potere.

879. E lo stesso debbe dirsi nel caso in cui, trattandosi di più quistioni che si agitano tra le parti, la decisione di conflitto avesse attribuita la competenza al giudice, cui rinvia, per una o più di esse tassativamente senza comprenderle tutte. Allora il magistrato adìto può dichiarare, e le parti possono eccepire la sua incompetenza, per quelle rimanenti quistioni dell' affare, di cui non fa parola la decisione sul conflitto; di modo che, non sarebbevi eccesso di potere se il giudice rinviasse per queste ad altro magistrato, nè vi sarebbe obbligazione per le parti di sottoporsi forzosamente al giudice cui sono state rinviate per quistioni diverse.

880. Tale limitazione del principio è stata implicitamente riconosciuta da un'ordinanza del Consiglio di Stato del 23 marzo 1836 contro il prefetto della Senna (1). — Bartier ed altri citarono il comune di Parigi innanzi al tribunale civile della Senna pel pagamento d' indennità da essi reclamate per terreni spropriati e per danno cagionato alle loro proprietà in forza di lavori eseguiti nel canale San-Martino, in virtù di progetti approvati prima della legge del 16 settembre 1807, e dopo quella degli 8 di marzo 1810. Un conflitto elevato dal prefetto fu convalidato nel 2 luglio 1828, mediante un ordinanza la quale dichiarò, che l'indennità reclamata pei lavori fatti secondo i progetti approvati prima della legge del 1807, doves-

(1) Journ. du Pal., *Jurispr. admn.*, anno citato.

s'essere diffinita dall'autorità amministrativa. Nè prescrivendosi nulla in tale ordinanza su gli altri danni operati dopo la legge del 1810, gli attori riprodussero innanzi al giudice ordinario le altre loro pretensioni. Il tribunale e la corte di appello si dichiararono incompetenti; ma la corte di cassazione annullò la decisione, pel motivo che l'attribuzione di competenza fatta dall'ordinanza reale era limitata alla cognizione dei soli danni avvenuti prima della legge del 1807, e non ai posteriori. Allora il prefetto, in luogo di elevare un novello conflitto per decidere della competenza circa quest'altra parte del giudizio, credette opportuno reclamare per la via contenziosa innanzi al consiglio di Stato, in via d'interpetrazione della ordinanza reale del 1828 dichiarativa della competenza. Ma il consiglio di Stato rigettò tal reclamo con la citata ordinanza del 23 marzo 1836.

## §. CCCLVII.

*La decisione del conflitto elevato in grado di appello non rianima la lite che nel solo interesse di chi si è gravato.*

881. Veduti questi effetti generali nascenti dalla decisione del conflitto in ordine all'attribuzione della competenza, rimane ad esaminare un secondo punto importante, vale a dire, gli effetti che tale decisione produce in ordine agl' interessi individuali delle parti. Or tali effetti possono variare secondo il grado di giurisdizione in cui trovasi la controversia, nel momento in cui si promuove e si eleva il conflitto; e secondo che le parti abbiano o pur no prodotti i necessarî gravami nei gradi superiori, allorquando il conflitto si è elevato.

882. Niun dubbio, che se il conflitto è elevato in primo grado e nell'ingresso del giudizio, qualunque possa essere la decisione sulla competenza, rimarranno interi i dritti di tutte le parti che trovansi in causa: in guisa che, se l'attribuzione della competenza è

fatta allo stesso giudice che si è impossessato della lite, questo ricomincerà il suo procedimento dal punto in cui è stata interrotta; ed ove l'attribuzione sia fatta ad un giudice di diversa gerarchia, l'attore riproporrà la sua azione innanzi a costui, contro il reo o i rei convenuti, senza che i dritti e le ragioni vicendevoli di tutte le parti in causa sieno per nulla compromessi o pregiudicati.

883. Ma tutt' altro potrebbe avvenire ove il conflitto venisse elevato dopo esaurito il giudizio in primo grado. Ben s'intende, a norma dei principi sviluppati nei precedenti capitoli, che in tal caso il conflitto non potrebbe elevarsi se non sotto la condizione indispensabile che esista un gravame. Ora in tal caso, la decisione che scioglie il conflitto in grado di appello, e quando un'appellazione si è prodotta, va limitata nei suoi effetti al solo interesse di chi si è gravato, e per quei soli capi della sentenza che lo risguardano, senza che possa mai estendersi all' interesse di coloro, i quali non abbiano prodotto il loro appello nel termine utile. Suppongasi, a modo di esempio, che una sentenza diffinitiva del tribunale civile contenga condanna contro più persone, e che fra queste una sola abbia prodotta appellazione; se in tale stato di cose l'autorità amministrativa elevi un conflitto dietro l'osservanza delle forme prescritte, e se le altre parti condannate abbiano lasciato trascorrere il termine utile ad appellare, allora la decisione che interverrà sul conflitto, sia che attribuisca la competenza allo stesso magistrato civile, sia che l'attribuisca all' autorità amministrativa, non potrà far rivivere la lite se non nel solo interesse di quello, il cui dritto si è mantenuto vivo mediante l'appello; ma contro gli altri si opporrà come un ostacolo insuperabile quella idea fondamentale di cosa giudicata, la quale si sottrae a qualunque azione o eccezione d' incompetenza, ancorchè si produca sotto la forma di conflitto. — La formazione del giudicato contro quelle tra le parti condannate, che non avessero interposto appello dalla sentenza nel tempo utile, si opera per la forza di quel principio di ragione civile consecrato come una regola di dritto, cioè, che trattandosi o agendosi dei no-

stri interessi non possiamo acquistare nè conservare un dritto qualunque per azione di un terzo: *nec paciscendo*, *nec legem dicendo*, *nec stipulando quisquam alteri caveri potest* ( l. 72 §. 4, ff. de R. J. ); principio riprodotto dalle leggi imperanti, le quali dispongono, che i nostri atti e le nostre convenzioni non abbiano effetto se non tra le parti contraenti, senza nuocere nè profittare ai terzi.

884. Ora è elementare che i giudizi sono novelli mezzi di contrarre, sono convenzioni giuridiche, da cui procedono dritti ed obbligazioni: niuno quindi può, non pel proprio fatto, ma pel solo operato altrui ed a propria insaputa, trovarsi obbligato a tutte le conseguenze che dal contratto giudiziario possono nascere. Ed è per applicazione di questo principio, che la legge ne viene testualmente consecrando le conseguenze in ordine al gravame di appello, disponendo negli art. 507 e 508 leggi di procedura civile, che i termini ad appellare sono perentori e decorrono indistintamente contro tutti, e che la decadenza in cui s'incorre pel decorrimento dei fatali non possa essere neppure sanata dall'appellazione di un terzo, perchè il proprio dritto non può essere conservato dal fatto di un terzo.

## §. CCCLVIII.

*Lo stesso è a dirsi nel caso di ricorso per annullamento.*

885. L'identico principio è applicabile al caso in cui il conflitto venga elevato non già in grado di appello, ma in grado di annullamento; e ciò in forza della testuale disposizione dell'art. 597 ll. proc. civ., il quale prescrive, che l'annullamento delle decisioni può giovare solamente a coloro che hanno prodotto legittimamente il ricorso, senza che possa giovar mai agli altri i quali, o hanno prestato alla decisione la loro acquiescenza, o il cui ricorso siesi dichiarato irricettibile. E questa regola è sì fattamente rigorosa, che

nemmeno i correi solidali, i quali per dritto sono considerati come mandatari vicendevoli, potrebbero trar profitto dal ricorso prodotto dall' uno di essi, com' è dichiarato dallo stesso articolo.

886. La sola eccezione a questa regola generale ed assoluta, che fa costituire il giudicato contro chi non si è gravato, si verifica quando l' interesse della parte che non ha ricorso fosse necessariamente dipendente, ossia connesso non solo, ma inseparabile da quello della parte che lo ha prodotto: o in altri termini, quando la causa sia individua ed indivisibile, in guisa che l'annullamento della decisione debba indispensabilmente avere effetto per tutt' i correi. Ad eccezione di questo solo caso d' individuità della lite, di cui ora farò cenno, vi è cosa giudicata contro colui che non ha prodotto ricorso; e però non potendo il conflitto proporsi ed esistere legalmente che nel solo interesse del ricorrente, a costui solamente va limitata la efficacia della sua decisione. Per lui solamente si verifica la nuova pendenza di lite: per gli altri ogni giudizio è estinto, è cessata ogni materia di contendere, nè il conflitto, pei principî esposti, potrebbe aver virtù di rianimarli.

## §. CCCLIX.

*Lo stesso avviene nel giudizio di opposizione di terzo.*

887. Questo principio che limita gli effetti della decisione sul conflitto al solo interesse di colui che si è gravato, e che ne esclude, per la forza della cosa giudicata, tutti quelli i quali non siensi avvaluti di questo mezzo, ha ricevuto un' altra più solenne applicazione e conferma dal decreto del 1825 in ordine agli opponenti di terzo. In effetti, ivi è detto nell' art. 2, che « Allorquando » sarà risoluto un conflitto di attribuzione nel giudizio di terza op- » posizione, l' esame da farsi dalla nuova autorità cui l' affare sarà » rinviato, dovrà essere ristretto al solo interesse del terzo, tran- » ne il caso dell' individuità della causa, come di dritto. » Questa

disposizione ci somministra la pruova più specchiata, che in niun caso il legislatore ha inteso violare la regola assoluta di che ho fatto parola, eccetto quando vi fosse una necessità derivante dalla natura stessa delle cose. Il principio di dritto, fondamentale in ordine agli effetti giuridici dei gravami, e sanzionato da tutte le disposizioni del codice, è che il gravame, qualunque esso sia e di qualunque natura, non può giovare nè far rivivere la lite se non nell' interesse di quello solamente che lo promuove: contro gli acquiescenti, o contro coloro che non lo producono, si forma il giudicato. Dunque il conflitto, il quale può esistere solo quando vi esiste una lite, non può legalmente essere proposto, elevato e deciso, se non a norma dei principi e delle regole del dritto comune, come dichiara lo stesso legislatore con le parole *come di dritto*, cioè per la sola parte della lite che rivive, nel solo interesse di chi produce il gravame, non degli altri che si acquetano, eccetto il caso d'individuità. E però, come necessaria conseguenza, la decisione del conflitto, qualunqne attribuzione di competenza contenga, debb' esser limitata nei suoi effetti all' unico interesse di chi si è legalmente gravato.

## §. CCCLX.

### *Questo principio riceve eccezione nel caso soltanto di causa individua.*

888. Abbiamo detto che il solo caso in cui gli effetti della decisione sul conflitto si estenderebbero anche a quelle parti che non si fossero gravate della sentenza, è quello in cui si trattasse di causa individua o indivisibile per sua intrinseca natura. Or per intelligenza di questa eccezione, e per contenerla nei suoi giusti limiti, fa mestieri innanzi tutto ricordare, che non debbesi confondere la causa che abbia il carattere d' individuità, da quella che abbia solamente l' altro di connessione o comunione d' intesesse: non tutte

le cause che hanno interessi connessi o comuni possono dirsi individue o indivisibili nel senso legale. Causa individua ( dice l' Echaniz ) (1) può dirsi quella, nella quale la decisione non si può eseguire per una delle parti, senza eseguirla per le altre; laddove la comunione o parità di ragione non impedisce che si possa eseguire per una delle parti, per le altre non già, come sarebbe il caso di più coeredi, agendo o rispondendo per lo stesso titolo ereditario, di cui l' uno soccomba e gli altri no: del che ce ne somministra esempio la L. 63 ff. *de re judicata.* — Laonde la sola specie di connessione, ossia d' individuità della causa che possa essere efficace a rendere applicabile la eccezione, non può rinvenirsi se non nelle cause risguardanti oggetti per loro natura indivisibili o tali espressamente dichiarati dalla legge.

## §. CCCLXI.

### *Sviluppo circa il principio della indivisibilità dei giudizî, e sua limitazione.*

889. Ma a dare più ampio sviluppo a questo principio, il quale è di una grave importanza pratica per misurare, dirò così, e circoscrivere gli effetti della decisione sul conflitto, non torna del tutto ozioso dar qualche chiarimento sul proposito, esponendo le idee di già svolte da scrittori speciali, circa i caratteri che possono far ritenere come indivisibile un giudizio.

890. Il principio delle scuole, *causa judicati est individua*, è vero ed esatto, quando si consideri nel suo senso logico, perciocchè non può dubitarsi, che ogni causa giudiziaria forma per sè stesso un tutto indivisibile logicamente: il che significa che niuno degli elementi che lo costituiscono, non può formare obbietto di una istruzione o di una decisione separata. La domanda, le conclusioni,

(1) Contenz. Amm. p. 19.

il procedimento, tutti gli atti d' istruzione, la sentenza, tutto in somma forma un complesso di cose unico correlativamente, di cui ben difficilmente la ragione può concepir la divisione: ecco in qual significato logico debbe intendersi quell' aforisma legale circa la individuità del giudicato, e che tuttodì si sente ripetere nel foro.

891. Ma questa sua accezione puramente logica non impedisce che nella realtá del fatto il giudicato sia o divenga per sè stesso divisibile nella sua esecuzione; il che avviene, o quando esso contenga più capi di condanna, perchè più sono gli oggetti della domanda, ovvero quando, sebbene si tratti di un solo oggetto, può non pertanto la sentenza esser suscettiva di separate e distinte esecuzioni tra le parti, avvegnachè non sia pronunziata sopra un oggetto indivisibile per sua intrinseca natura.

892. Niuno ha saputo meglio formolare una tale distinzione quanto il Poncet nel suo trattato *des jugements* (1). Si ponga mente, egli dice, che la parola causa o processo significa non solamente le azioni ed eccezioni rispettivamente proposte dalle parti, ma ancora l' istruzione che esse esigono; il che comprende ad un tempo la forma ed il merito. Una data causa è semplice, vale a dire, non si compone che di una sola azione principale e della difesa a questa azione: questa allora forma evidentemente un tutto indivisibile, il quale non può giudicarsi in merito che in un modo uniforme ed ugualmente indivisibile. La tale altra causa è complessa, vale a dire, è composta di più azioni principali introduttive o non introduttive: questa forma anche un tutto, ma divisibile; perocchè è composta di più azioni le quali, comechè legate tra loro, possono essere indipendenti le une dalle altre. È questo perciò un tutto che presenta più cause da giudicare, e non già una causa unica; dal che segue che in tal caso la sentenza può e debbe contenere altrettante disposizioni distinte, vale a dire tante sentenze in merito, quanti sono i capi di domande spiegate. Posto ciò è chiarissimo, che

(1) Tit. 2, Cap. 4, num. 31.

le azioni le quali per loro natura sono distinte, sebbene connesse nel medesimo giudizio, comprese nella stessa domanda, e giudicate con una stessa domanda, sono divisibili; ed allora cessa l' efficacia del principio comune *causa judicati est individua*, per darsi luogo all' altro canone di dritto, *quot capita tot sententiæ*. Ed è perciò che ne vengono come conseguenze quelle disposizioni di legge, in forza delle quali, allorquando l' oggetto della causa sia divisibile o suscettivo di divisione, ogni gravame non può giovare che a quelle sole parti che ne hanno fatto uso.

893. Ma l' unicità dell' oggetto della causa non può nè debbe confondersi con la sua indivisibilità. Può la causa aver di mira un oggetto unico contro più parti, ma che può dividersi nella esecuzione tra queste medesime parti che hanno interessi distinti: allora il gravame dell' una di esse contro la sentenza di condanna, non giova alle altre, le quali incontreranno l' ostacolo della cosa giudicata. Che se poi l' oggetto sia non solamente unico, ma naturalmente indivisibile per sua intrinseca essenza, come per esempio una servitù, lo stato delle persone, ecc., allora l' interesse delle diverse parti condannate diventa anch' esso identico ed indivisibile, in guisa che il gravame prodotto da una sola di esse mantiene vivo il diritto delle altre, perchè è impossibile logicamente e legalmente che la sentenza sia rivocata per una e non per tutte (1).

894. Ecco chiarito in modo non dubbio la significazione legale ed il vero valore del principio circa la divisibilitá ed indivisibilità dei giudizi. Dal che la conseguenza, che potendo una parte giovarsi del gravame prodotto da un'altra, nel solo caso che l'oggetto della causa sia per sua intrinseca natura indivisibile, non potrebbe perciò giovarsi, se non in questo caso unico ed esclusivo, degli effetti che può produrre la decisione sul conflitto, elevato e sciolto sul gravame interposto dall' altra. Qualunque sia l' attribuzione di competenza fatta dalla sovrana decisione, la lite non rivive innanzi alla

(1) V. Poncet, loc. cit., p. 267, num. 305.

giurisdizione indicata, se non nell'interesse della parte che si è gravata.

895. Aggiungerò poi per ultima idea, che questo principio circa gli effetti producibili dalla decisione sul conflitto, debbe applicarsi con maggior rigore allorquando, specialmente, il conflitto sia stato elevato in grado di gravame straordinario, qual'è il ricorso per annullamento, l'opposizione di terzo, ecc. Non bisogna dimenticare che questi gravami sono dei rimedî straordinarî accordati dal legislatore per far riformare le sentenze o decisioni che già hanno acquistato il carattere di cosa giudicata o di verità giuridiche; che quindi i loro effetti debbono di necessità esser limitati all'interesse ristretto di chi ne ha fatto o può farne uso, eccetto quando queste effetto medesimo, non potendo esser divisibile, debbe di necessità profittare ad altri.

FINE.

Digitized by Google

# INDICE


TITOLO I. Principj generali in ordine alla necessita' della giurisdizione amministrativa, al criterio conoscitivo della sua competenza, ed alla sua natura . . . . . Pag. 11

Capo I. *Sviluppo dei principî sui quali poggia la giurisdizione amministrativa.* . . . . . ib.

Sezione I. *Delle varie funzioni governative, e corollario conseguente in ordine alla loro distinzione* . ib.

§. I. Elementi inchiusi nel concetto dello Stato . 12

§. II. Distinzione razionale delle funzioni della Sovranità . . . . . 13

§. III. Indivisibilità logica di questo concetto . ib.

§. IV. Delegazione delle funzioni esecutive . . 14

§. V. Distinzione tra i poteri formali e le funzioni obbiettive . . . . . 15

§. VI. Il potere giudiziario e l'amministrativo non sono che funzioni obbiettive . . . 16

§. VII. Corollario circa la separazione ed indipendenza di queste due gerarchie. . . 18

Sezione II. *Della necessità di una giurisdizione amministrativa.* . . . . . 19

§. VIII. Ragioni storiche che impedirono nei passati secoli la perfetta distinzione tra l'amministrazione e la giudicatura. . . 20

§. IX. Impossibilità conseguente della istituzione

della giurisdizione amministrativa. Collisione del foro regio ed ecclesiastico . 21
§. X. Altre collisioni tra il foro regio ed il baronale. 23
§. XI. Dalla diversa natura degli obbietti cui son delegate le due gerarchie, prende ora origine il principio della loro separazione ed indipendenza . . . . . 25
§. XII. La giurisdizioue amministrativa discende come un corollario conseguente di questo principio . . . . . 26
§. XIII. Insussistenza delle obbiezioni contro l'istituzione dei tribunali amministrativi . 29
§. XIV. . Loro necessità e vantaggi . . . 30
Capo II. *Principî di ragion pubblica, determinanti il criterio conoscitivo della competenza amministrativa* . . . . . 32
Sezione I. *Fluttuazione nel formolare il principio della competenza* . . . . . ib.
§. XV. Difficoltà nel determinare una formola esatta e scientifica . . . . . 33
§. XVI. Analisi della opinione del Laferrière. Inutile moltiplicità delle condizioni da lui richieste . . . . . 34
§. XVII. Esame della opinione del Manna. Sua inesattezza nello scambiare l'interesse pubblico con la persona pubblica . . 36
§. XVIII. Semplicità della formola contenuta nella legge del 21 marzo 1817. Concorso simultaneo dell' oggetto amministrativo e dell' interesse pubblico . . . . . 38
§. XIX. L'esistenza dell'interesse pubblico trae seco necessariamente quella di un oggetto amministrativo; ma non viceversa . 40

§. XX. Sviluppo dell' interesse pubblico diretto ed indiretto . . . . . 41
§. XXI. Inopportunità di una osservazione dell' Echaniz. . . . . 42
Sezione II. *Chiarimenti sulla duplice condizione prescritta dalla legge del 1817* . . 44
§. XXII. Doppio ordine di relazioni giuridiche dell' individuo nello Stato, pubbliche e private. . . . . 45
§. XXIII. Formola negativa contenuta nell'art. 5. della legge del 1817, ed esclusiva delle relazioni giuridiche private di famiglia o di proprietà . . . . 47
§. XXIV. Quale è il carattere astratto dell' oggetto amministrativo, e quindi d'interesse pubblico . . . . . 49
§. XXV. Esemplificazione e sviluppo degli oggetti di pubblica amministrazione . . 50
§. XXVI. La lesione operata dal movimento amministrativo in ordine a tali oggetti, dà luogo a giudizio . . . . . 52
Sezione III. *Canoni di dritto atti a determinare quando è che il movimento dell'amministrazione provoca un giudizio di contenzioso amministrativo* . . . . . 54
§. XXVII. Triplice forma sotto cui si manifesta il potere amministrativo . . . 55
§. XXVIII. Distinzione tra il reclamo e la contesa amministrativa . . . . . 56
§. XXIX. 1.° Canone. Gli atti d'imperio non dan luogo a contesa. 57
§. XXX. Applicazione di questo canone. . . 58
§. XXXI. 2.° Canone. Gli atti del potere discre-

zionale non possono dar luogo a contesa. 59
§. XXXII. Esempi in applicazione di questo canone. 60
§. XXXIII. Conseguenze stabilite dalla giurisprudenza relativamente ai Comuni, e loro limitazione . . . . . 61
§. XXXIV. Ordinanza del 17 gennaio 1838 . . 62
§. XXXV. Altra ordinanza del 16 marzo 1837. . 63
§. XXXVI. Altra ordinanza del 21 novembre 1834. ib.
§. XXXVII. 3.° Canone. Può esservi luogo a contesa quando si ferisce un dritto, non già un interesse . . . . . 66
§. XXXVIII. Varî esempi sul proposito . . . 67
§. XXXIX. Enumerazione degli oggetti amministrativi pei quali può verificarsi una lesione di dritto . . . . . 68
§. XL. Tale enumerazione non è limitativa. . 71
§. XLI. Formola ultima e compiuta per determinare la competenza amministrativa. 72
§. XLII. Esempî che chiariscono il principio. . 73
Capo III. *Indole propria della giurisdizione amministrativa e sue conseguenze* . . . . 77
Sez. I. *Della qualità eccezionale della giurisdizione attribuita al giudice amministrativo. Corollarii giuridici che ne procedono.* . . ib.
§. XLIII. Distinzione tra la semplice *cognizione* e la *giurisdizione piena* . . . . 78
§. XLIV. Principio di ragion pubblica, che limita alla semplice *cognizione* il potere del giudice amministrativo . . . . ib.
§. XLV. Nelle materie ordinarie non può prorogarsi la giurisdizione al giudice amministrativo, ancorchè sievi il silenzio o l'accettazione delle parti. Giurisprudenza. 80

§. XLVI. *Quid* nelle quistioni d'indole mista? . 81
§. XLVII. La giurisprudenza amministrativa sul proposito è oscillante. Rescritto . . 82
§. XLVIII. Altro rescritto nel medesimo senso . . 84
§. XLIX. Altri rescritti che attribuiscono la integrità del giudizio al tribunale amministrativo . . . . . ib.
§. L. In massima, ogni quistione mista debbe scindersi . . . . . 86
§. LI. *Quid* nelle quistioni incidenti? . . 88
§. LII. *Quid* nelle pregiudiziali? — Rescritto. . ib.
§. LIII. La eccezione è giudicabile dal medesimo giudice investito dell'azione . . 90
§. LIV. Rescritto nella causa tra il Demanio pubblico ed il Marchese di Sortino . . 91
Sezione II. *Sviluppo del principio che delega la esecuzione esclusivamente al giudice ordinario* . . . . . 100
§. LV. Quale è il limite astratto e generale ove termina la potestà di cognizione del giudice amministrativo. . . . 101
§. LVI. Esempî di giurisprudenza straniera. . 102
§. LVII. Rescritti amministrativi che dichiarano il principio . . . . . ib.
§. LVIII. Prima eccezione a questo principio generale, quando si tratti di esecuzione in forma amministrativa . . . . 106
§. LIX. Seconda eccezione in ordine alle sentenze interlocutorie . . . . . 107
§. LX. Terza eccezione relativa alla interpetrazione delle sentenze amministrative. . ib.
§. LXI. *Quid* nel caso di decisioni di antichi tribunali? Rescritto . . . . 108

§. LXII. Quarta eccezione risguardante le quistioni di validità o legalità delle decisioni amministrative. Giurisprudenza . 109
§. LXIII. *Quid* nel caso di compensazione? . . 110
§. LXIV. Rescritto che dichiara in tal caso la competenza amministrativa . . . 111
TITOLO II. Principj generali in ordine alla proprietà' privata ed alle cose di pertinenza pubblica . 113
Capo I. *Caratteri fondamentali della proprietà individuale.— Sua necessità e razionalità* . . ib.
§. LXV. Principio razionale su cui poggia il dritto di approvazione individuale . . 115
§. LXVI. Il dritto di appropriazione, per esercitarsi, ha duopo di un fatto dell'industria dell' uomo . . . . . ib.
§. LXVII. Necessità della distinzione tra il dritto astratto e le sue forme di esercizio. Errore dei pubblicisti sul proposito . 117
§. LXVIII. Il dritto di appropriazione è reputato legittimo dalla coscienza universale, quando l'industria sia limitata entro i termini del giusto . . . . . 119
§. LXIX. Questo dritto naturale di appropriazione è anteriore allo stato ed alla legge civile; anzi n' è il fondamento . . 120
§. LXX. L' idea conseguente del furto è un fatto di coscienza universale. . . . 121
§. LXXI. Errori nei sistemi scientifici degli scrittori dei varî secoli, cagionati dalla mancanza di queste nozioni . . 123
§. LXXII. Il sistema della proprietà individuale, è la base della moralità politica e sociale . . . . . 125

§. LXXIII. Il sistema della proprietà privata è l'unico creatore della ricchezza degli Stati. Parole di Hennequin . . 126
§. LXXIV. Pruove storiche della razionalità del sistema della proprietà individuale e privata . . . . . 131
§. LXXV. Periodi storici cui è soggiaciuto lo sviluppo del dritto di proprietà . . 133
§. LXXVI. Dritti costitutivi del dritto di proprietà. 134
§. LXXVII. Sviluppo che presenta l'odierno sistema legislativo per l'esercizio del dritto di appropriazione . . . 135
§. LXXVIII. L'esercizio del dritto di proprietà è subordinato all'onnipotenza della legge. 136
Capo II. *Caratteri specifici delle cose pubbliche, e limiti necessari del dritto di appropriazione.* 137
§. LXXIX. Natura speciale di quelle cose che si sottraggono al dritto di appropriazione individuale . . . . 138
§. LXXX. Inesattezza della denominazione di *proprietà* data alle cose pubbliche . 139
§. LXXXI. Condizioni perchè una cosa sia qualificata come pubblica . . . 140
§. LXXXII. Sviluppo della prima condizione concernente l'uso pubblico . . . 141
§. LXXXIII. Sviluppo della seconda condizione, risguardante l'attualità dell'uso pubblico. 142
§. LXXXIV. Carattere generale delle cose appartenenti al Demanio pubblico . . 143
§. LXXXV. Duplice specie di Demanio pubblico, nazionale e comunale . . . 144
§. XXXVI. Distinzione tra il Demanio pubblico, e i beni patrimoniali dello stato o del

comune . . . . . 146
§. LXXXVII. Specificazione dei beni del Demanio dello Stato . . . . . 147
§. LXXXVIII. Imprescrittibilità dei beni del Demanio pubblico; prescrittibilità dei beni patrimoniali . . . . . 148
§. LXXXIX. L'uso o il servizio pubblico genera la imprescrittibilità . . . . . ib.
§. XC. La cessazione dell'uso pubblico fa rientrare il fondo sotto la regola comune della prescrizione. — Abolizione espressa . . . . . 149
§. XCI. *Quid* dell' abolizione *tacita* del servigio pubblico? — Anche in tal caso il fondo, cangiando di natura, rientra sotto la regola comune . . . 150
Capo III. *Vedute cardinali sul possesso in ordine alla competenza amministrativa* . . . . . 153
§. XCII. Il possesso è l' indizio naturale della proprietà. . . . . 154
§. XCIII. La legge garentisce la proprietà con la tutela dei possessi . . . 155
§. XCIV. La legge tutela il dritto di proprietà nel possesso, mediante il beneficio dell' azione possessoria e della sua separazione dal petitorio. . . 156
§. XCV. Condizioni legali perchè il possesso sia civile e quindi manutenibile . . 157
§. XCVI. Quando è che una cosa è legalmente possedibile . . . . . 159
§. XCVII. Distinzione tra le cose pubbliche essenzialmente e accidentalmente . . 160
§. XCVIII. L'eccezione di cosa pubblica nei termi-

ni del possessorio è inammessibile, quando vi è luogo ad un possesso manutenibile . . . . . 161

§. XCIX. Anche per le cose pubbliche essenzialmente può esservi luogo ad azione possessoria, quando vi è un titolo . . 164

§ C. Giurisprudenza della Corte di Cassazione francese sul proposito . . . 165

§. CI. Sviluppo di questo principio . . . 167

§. CII. Principio conseguente in ordine alla incompetenza amministrativa, ogni qual volta vi è luogo ad un possesso manutenibile da parte del privato . . 168

§. CIII. Questo principio è consecrato dalla giurisprudenza francese . . . . 170

TITOLO III. DELLE ACQUE PUBBLICHE E DELLA CORRISPONDENTE COMPETENZA AMMINISTRATIVA . . 172

CAPO I. *Caratteri che distinguono le acque pubbliche e le private* . . . . . ib.

§. CIV. Principio razionale su cui poggia la necessità del carattere pubblico delle acque correnti in generale . . . 174

§. CV. Quali corsi d'acqua eran pubblici per dritto romano e quali i privati . . 175

§. CVI. Modificazioni introdotte dal dritto intermedio. Costituzione di Federico Barbarossa. . . . . 176

§. CVII. Il dritto novissimo fece ritorno al sistema del dritto romano. Legge del 2 agosto 1806 . . . . . 178

§. CVIII. Le leggi civili parlano dei soli fiumi navigabili o atti a trasporto. — *Quid* dei confluenti dei navigabili? . . . 180

§. CIX. *Quid* delle sorgenti dei fiumi navigabili che nascono in fondi privati? . . 182
§. CX. Il Codice tace sulla qualità degli altri fiumi non navigabili nè atti a trasporto. Principio di economia che rende necessaria la loro pubblicità . . . , 184
§. CXI. Giurisprudenza francese ed opinione del Romagnosi. Osservazioni importanti del Giovanetti . . . . . 186
§. CXII. Argomenti diretti che si traggono dal testo della circolare del 1809 . . 188
§. CXIII. Altra circolare del 1840 dilucidativa della prima . . . . . 192
§. CXIV. Altra circolare del 28 aprile 1841 . . 194
§. CXV. Disposizioni delle leggi civili intorno alla qualità pubblica dei letti dei fiumi non navigabili nè atti a trasporto, che confermano la pubblicità di queste correnti . . . . . 197
§. CXVI. Giurisprudenza amministrativa . . 202
§. CXVII. Caratteri dei corsi di acqua privata . 203
§. CXVIII. Effetto della nuova legge sul dritto di proprietà anteriormente acquistato su i corsi d'acqua ora pubblici . . 204
§. CXIX. Reassunto della teorica . . . . 206
Capo II. *Dei dritti di uso sulle acque pubbliche, e della loro natura* . . . . . 207
§. CXX. Carattere differenziale nella pubblicità dei fiumi secondo la diversa loro natura. 208
§. CXXI. Distinzione tra la natura dei fiumi, ed i dritti di uso dei ripuarî . . 209
§. CXXII. Le leggi antiche e le moderne han riconosciuto l' esercizio dei dritti di

uso, anche sulle correnti navigabili. 211
§. CXXIII. Forme con cui si acquistano e si esercitano i dritti di uso . . . 214
§. CXXIV. Gli antichi dritti anteriormente acquistati, non di proprietà, ma di uso, sono rispettati dalla nuova legge . 215
§. CXXV. Inammissibilità della teorica della prescrizione ammessa dal Pecchio per l'uso dell' acqua di un fiume navigabile . 217
§. CXXVI. L'antico possessore può essere ammesso a provare la dispersione del suo titolo . . . . . 219
§. CXXVII. Un possesso immemorabile può far presumere l'esistenza del titolo anteriore, senza bisogno di alcun' altra pruova. 221
§. CXXVIII. In che consistono questi dritti di uso. 223
§. CXXIX. I Comuni non sono che semplici usuari, al pari dei privati . . . 224
§. CXXX. Natura specifica di tali dritti di uso . 226
§. CXXXI. Conseguenze in ordine alla competenza in generale . . . . 228
Capo III. *Della competenza rispettiva dei giudici ordinari ed amministrativi* . . . . 230
Sezione I. *Delle azioni e della competenza relative al carattere ed alla natura di un'acqua corrente.* ib.
§. CXXXII. Presunzione *juris* che fa attribuire al giudice amministrativo ogni quistione sulla natura della corrente . 231
§. CXXXIII. Tale presunzione è il fondamento degli art. 6 e 7 della legge del 21 Marzo 1817. . . . . 232
§. CXXXIV. Sovrani rescritti emessi in conformità di questo principio . . . 233

§. CXXXV. Una tale presunzione è sospesa nel giudizio possessorio, quando il possesso sia nelle condizioni che lo rendono manutenibile. La competenza è allora ordinaria . . . 235

§. CXXXVI. La presunzione di pubblicità prodotta in linea di eccezione in possessorio, è inammissibile . . . 236

§. CXXXVII. Il Sovrano Rescritto emesso nella causa del Demanio contro il Marchese Sortino, contiene implicitamente questa importante distinzione. . 237

§. CXXXVIII. Un altro rescritto del dì 8 febbraio 1823 tra Carli e Capponi corrobora il principio circa la diversità della competenza nelle azioni petitorie e possessorie . . . 239

§. CXXXIX. *Quid* allorquando si tratti di una quistione tendente a determinare la qualità navigabile della corrente? In tal caso è competente la sola amministrazione attiva . . . . 240

§. CXL. Caso di giurisprudenza in appoggio di questo principio . . . . 241

Sezione II. *Delle azioni speciali e della competenza risguardanti i fiumi navigabili o atti al trasporto* . . . . . 243

§. CXLI. Differenza tra i fiumi navigabili e quelli atti a semplice trasporto . . . 245

§. CXLII. Carattere specifico dei fiumi atti al trasporto . . . . . 246

§. CXLIII. Competenza nelle quistioni d'indennità, quando un fiume semplicemente pub-

blico si tramuta con un atto governativo in navigabile . . . . 247
§. CXLIV. Chi ha dritto a pretendere una indennità, e per quali cose. . . . 249
§. CXLV. Distinzione circa le indennità dovute per la perdita dei dritti di uso. . . 251
§. CXLVI. Competenza del giudice amministrativo nelle contravvenzioni sulle riviere navigabili o atte a trasporto . . . 253
§. CXLVII. Cessa la competenza amministrativa, quando i fatti assumono il carattere di delitto o misfatto . . . . 255
§. CXLVIII. Cessa del pari quando si tratti di meri interessi privati . . . . ib.
§. CXLIX. In qual caso può esservi luogo ad un'azione possessoria da parte del privato. La competenza sarebbe ordinaria. Rinvio . . . . . 256
§. CL. Nell' azione petitoria sulla natura della corrente, la competenza è amministrativa. Rinvio. . . . . 258
§. CLI. Le quistioni di danni tra i ripuari sono di competenza ordinaria per principio generale . . . . . 259
§. CLII. Questo principio di competenza è applicabile anche ai fiumi navigabili o atti a trasporto . . . . . 260
§. CLIII. La competenza è anche ordinaria quando l'azione tenda ad ottenere la riduzione *ad pristinum*, se manchi un atto amministrativo . . . . 261
§. CLIV. In caso di opera non autorizzata, il giudice amministrativo è sempre compe-

tente per giudicar la contravvenzione; ma ciò non impedisce lo sperimento dell'azione innanzi al giudice ordinario. 264

§. CLV. Nel caso di opera autorizzata amministrativamente, il giudizio dei danni si scinderebbe da quello di soppressione. Rinvio . . . . . 265

Sezione III. *Delle azioni e della competenza in ordine ai fiumi pubblici non navigabili, nè atti al trasporto* . , . . . 266

§. CLVI. La legge, non già l'amministrazione è quella che attribuisce i dritti di uso sui fiumi non navigabili, nè atti al trasporto, . . . . . 267

§. CLVII. L'amministrazione pubblica può non pertanto regolare con atto d'imperio le condizioni di esercizio di tali usi . 268

§. CLVIII. Una tra le importanti conseguenze di questi principi, è che non può sperimentarsi azione contenziosa da parte del ripuario, ma semplice reclamo amministrativo, contro tali regolamenti e la loro esecuzione. . . . . 269

Art. II. *Delle azioni possessorie e petitorie esercibili reciprocamente tra i ripuari* . . . . 272

§. CLIX. Le quistioni sì possessorie che petitorie circa i dritti di uso, tra i ripuari di fiumi non navigabili nè atti a trasporto, sono di competenza ordinaria . 274

§. CLX. Oscillazione nella giurisprudenza. Rescritto del 26 luglio 1838 . . . 275

§. CLXI. Altro Rescritto emesso secondo i veri principi di competenza, nella causa tra

il Marchese Schysò ed il Comune di Taormina . . . . . 277

§. CLXII. È mal fondato il conflitto che si promuove in tali giudizi d'interesse privato dei ripuari, poggiandosi sul motivo della pubblicità delle acque . . 280

§. CLXIII. Specialmente poi, quando il conflitto si promuova su tal motivo nella sede del giudizio possessorio. . . . . 281

§. CLXIV. E molto più, allorchè si tratti del possesso delle opere di derivazione . 282

§. CLXV. Sovrano Rescritto nella causa tra il Principe di Fondi e D. Ferdinando de Nola. 283

§. CLXVI. Quando nel giudizio possessorio debbesi valutare o interpetrare un atto o un regolamento amministrativo, cessa la competenza ordinaria . . . 287

§. CLXVII. Ma l'atto o il regolamento amministrativo, posteriore al giudizio, non può far declinare la competenza ordinaria. 288

§. CLXVIII. Dell'azione possessoria attribuita al proprietario di una sorgente, contro i ripuari dei fondi inferiori. . . 290

§. CLXIX. Arresto della S. C. di Giustizia di Napoli, che fissa il principio della competenza in questa specie di giudizio . 292

§. CLXX. In quali casi i proprietari inferiori possono sperimentare l'azione possessoria contro il proprietario della sorgente. 295

§. CLXXI. Delle azioni possessorie attribuite ai proprietari inferiori tra loro . . 297

§. CLXXII. Nei giudizi petitori non meno certa è la competenza dei tribunali ordinari . 298

§. CLXXIII. Purchè non vi sia un atto amministrativo autorizzante l'opera, o un regolamento da interpetrare. In tali casi cessa la competenza ordinaria. . 300

§. CLXXIV. Ma l' autorizzazione amministrativa che viola i dritti di proprietà degli altri ripuari, non può far declinare la competenza ordinaria . . . . . 301

§. CLXXV. Rescritto nella causa tra Losa ed il Comune di Sorrento, che consacra questo principio . . . . . 302

Sezione II. *Delle azioni per danni tra i ripuari, e della competenza* . . . . . 305

§. CLXXVI. In generale, tutte le quistioni per danni tra i ripuari, sono di competenza ordinaria. Rescritto. . . . . 307

§. CLXXVII. Vi è ingresso ad un' azione per danni, quando un ripuario col suo fatto cagiona all'altro una lesione materiale alla proprietà, o una lesione al dritto di uso . . . . . 309

§. CLXXVIII. Nulla importa che il fatto nocivo sia operato per l' esercizio del proprio dritto di uso. Limite razionale di questo diritto . . . . . 310

§. CLXXIX. Ma non potrebb' esservi azione per danno, quando il fatto o l'opera che si pretende nociva, non altro cagionasse che la diminuzione o privazione di un lucro. Eccetto però se vi fosse un titolo. Sviluppo. . . . 313

CLXXX. Nel caso di mancato lucro potrebbe unicamente agirsi in via di reclamo am-

ministrativo, se vi è luogo . . 315
§. CLXXXI. Esame di una opinione del Proudhon. Sua confutazione . . . . 316
§. CLXXXII. Con qual condizione sottintesa s' intendono date le concessioni di opifici sulle riviere . . . . 317
§. CLXXXIII. Anche nel caso di autorizzazione, l'azione per danno è sempre di competenza ordinaria. . . . 319
§. CLXXXIV. Nel caso di azione, il regolamento sull' uso reciproco del loro dritto tra i due ripuari in contesa, rientra nelle attribuzioni dello stesso giudice civile . . . . ib.
§. CLXXXV. È anche in generale di competenza del giudice ordinario la demolizione delle opere dannose . . 322
§. CLXXXVI. Distinzione intorno alle cause che possono rendere necessaria la demolizione degli opifici idraulici. È competente l' amministrazione ad ordinarla, quando si tratta di un motivo di pubblica utilità . . 323
§. CLXXXVII. Rientra anche nella competenza amministrativa la soppressione per causa di danni collettivi . . . 325
§. CLXXXVIII. In tal caso sarebbe forse dovuta una indennità al proprietario dell' opificio soppresso? . . . . 326
§. CLXXXIX. Nel caso poi di azione individuale per danni, il giudizio dee scindersi quando vi sia un atto amministrativo autorizzante l'opera che si pretende

sopprimere . . . . . 329

§. CXC. Ma nel caso di opera autorizzata, la prestazione dei danni non può dipendere dall'esito del reclamo per demolizione . . . . . 330

§. CXCI. In mancanza di un atto amministrativo, la demolizione rientra essenzialmente nella competenza ordinaria . . 333

§. CXCII. Inapplicabilità del principio della giurisprudenza francese tra noi su tal punto . . . . . 335

§. CXCIII. Decisione della G. C. civile di Napoli tra Salvatore Dino e lo Joio, circa i principî della competenza in tali azioni. 336

§. CXCIV. Forma che assume il giudizio del danno. Innanzi a qual giudice locale dee promuoversi — Tali azioni son forse prescrittibili? . . . . . 339

PARTE IV. Delle vie pubbliche ed altre pertinenze del pubblico demanio. . . . . 342

Capo I. *Della competenza nelle azioni concernenti le vie pubbliche* . . . . . ib.

Sezione I. *Dei caratteri specifici che distinguono le vie pubbliche dalle private* . . . . ib.

§. CXCV. Le vie pubbliche deggiono essere una pertinenza del pubblico demanio. Carattere essenziale che le fa distinguere dalle vie private . . . 343

§. CXCVI. Classificazione generale delle strade, secondo la diversità dei luoghi che pongono in comunicazione . . . 345

§. CXCVII. Carattere specifico che può far distinguere le strade della quarta specie.

Testo di una legge romana . . ib.
§. CXCVIII. Delle vie comunali, e loro doppia specie. 348
§. CXCIX. A qual demanio appartengono le vie di quarta classe, in ispecialtà le comunali . . . . . 349
§. CC. I sentieri vicinali mentovati dalla legge del 1817 sono delle vie private di servitù. Loro carattere specifico . 351
§. CCI. Non bisogna però confonderli coi cammini vicinali dell' antico dritto, ch' erano delle vie pubbliche. . . 352
§. CCII. Per quanti rapporti le vie pubbliche entrano sotto l' azione e la competenza amministrativa . . . . 353
Sezione II. *Dell' azione repressiva in materia di vie pubbliche* . . . . . 355
§. CCIII. Principio sul quale poggia la giurisdizione repressiva del giudice amministrativo in fatto di vie pubbliche . 356
§. CCIV. Indole di questa speciale giurisdizione repressiva. Sue limitazioni . . 357
§. CCV. Questa giurisdizione repressiva può contemporaneamente esercitarsi dal giudice di polizia ordinaria. Limite di questo principio . . . . 359
§. CCVI. In generale l'azione repressiva non può essere sospesa in caso di contravvenzione, quando si produce l' eccezione di proprietà . . . . 360
§. CCVII. In qual caso debbe necessariamente soprassedersi; e limite di questa eccezione . . . . . 361
§. CCVIII. Quali sono i giudici amministrativi in-

vestiti della giurisdizione repressiva in fatto di vie pubbliche. Attribuzioni speciali dei Sindaci . . . 364
§. CCIX. Se possa in tali materie sperimentarsi un terzo grado di giurisdizione . 365
Sezione III. *Della competenza in quanto alle azioni civili* . . . . . 367
§. CCX. Principio che in generale fa attribuire al giudice amministrativo anche le azioni civili in fatto di vie pubbliche. 368
§. CCXI. La quistione sulla pubblicità delle strade è d'interesse pubblico. Rescritti . 369
§. CCXII. La competenza è sempre amministrativa, anche quando non si dubiti della qualità pubblica della via . . 371
§. CCXIII. È necessario che dalla istruzione risultino i segni della pubblicità. Se tali segni non esistono, la competenza è ordinaria . . . . . 372
§. CCXIV. L'amministrazione può sempre rivendicare la propria competenza, ancorchè veruna delle parti contendenti non eccepisca l'incompetenza del foro civile. 373
§. CCXV. L'individuo non ha qualità per rivendicare una via come pubblica, quando agisce *ut singulus* senza un dritto proprio . . . . . 375
§. CCXVI. Ma l'individuo ha qualità per intentare la rivendicazione, quando il suo interesse sia fondato sopra un dritto proprio e personale . . . 376
§. CCXVII. Può esservi luogo ad azione possessoria da parte del privato per un ter-

reno che l'amministrazione dichiari far parte di una via pubblica? — Distinzione . . . . . 377

§. CCXVIII. Le azioni per danni cagionati alle strade, o in occasione di esse, sono generalmente di competenza amministrativa. Eccezione . . . . 381

§. CCXIX. Ma non sarebbe di competenza amministrativa l'azione per danni fatti indirettamente ad una strada, per l'esercizio di dritti di proprietà sul proprio fondo. Rescritti . . . 382

§. CCXX. In generale, sono anche di competenza amministrativa tutte le azioni civili che dipendono dall'obbligo della manutenzione . . . . . 384

Capo II. *Dei lavori ed opere pubbliche.* . . . . 386

§. CCXXI. Principio generale della competenza amministrativa in tal materia. A quante specie di giudizi può dar luogo un' opera pubblica . . . . 387

§. CCXXII. Espropriazione; e metodo di apprezzo. — *Quid* se il fondo sia soggetto a vincoli ipotecarî o ad una spropria? 388

§. CCXXIII. Quistioni tra l'amministrazione e gli appaltatori. Principio che regola la competenza. Rinvio . . . . 389

§. CCXXIV. *Quid* se si tratti di lavori ed opere per beni patrimoniali dello Stato o del comune? . . . . . 391

§. CCXXV. Quistioni tra gli appaltatori ed i privati, per danni materiali temporanei. Rinvio . . . . . 393

§. CCXXVI. In caso di danno permanente o di servitù indotta dall' opera al fondo privato, non potrebbesi agire con azione possessoria o petitoria. Rinvio. 394

§. CCXXVII. Ma quale sarà il giudice competente ad assodare l' esistenza del danno permanente o della servitù? Distinzione. Rescritti . . . . 396

CAPO III. *Delle servitù militari* . . . . . 400

§. CCXXVIII. Principio di competenza per gli altri beni del Demanio pubblico in generale . . . . . 401

§. CCXXIX. Servitù militari e loro necessità. In che consistono . . . . . ib.

§. CCXXX. È dovuta forse una indennità per lo stabilimento della servitù militare? Distinzione . . . . . 403

§. CCXXXI. Principio di competenza amministrativa; e sua indole . . . 404

§. CCXXXII. Disposizioni speciali del decreto del 30 settembre 1843 . . . 405

TITOLO V. DELLA COMPETENZA IN ORDINE AI BENI DI PERTINENZA COMUNALE . . . . . 408

CAPO I. *Principî generali intorno ai caratteri che distinguono le varie specie di beni comunali* . ib.

§. CCXXXIII. Distinzione tra le varie specie di beni immobiliari posseduti dai municipî. I patrimoniali son soggetti alla competenza amministrativa, quando bisogna valutar l' atto dell' amministrazione . . . . 409

§. CCXXXIV. Che cosa sono i demani comunali, e qual' è l' intima loro natura? —

Principio pel quale van soggetti alla competenza amministrativa . 410

§. CCXXXV. Caratteri che distinguono i terreni demaniali in generale. Triplice specie di demani . . . . 412

§. CCXXXVI. L'esercizio degli usi civici non è il solo carattere atto a far qualificare un fondo come Demanio comunale . . . . . 414

§. CCXXXVII. Errore della presunzione sulla demanialità universale del territorio comunale . . . . . 416

§. CCXXXVIII. Assurdo giuridico nel presumere la demanialità pel solo fatto degli usi esercitati sul fondo. Una tal presunzione non può valere a fronte del possesso del privato. . . 418

§. CCXXXIX. La pruova della qualità demaniale del fondo non può risultare dalle nude testimonianze . . . . 419

§. CCXL. Doppia specie di azione in ordine ai demani comunali: reintegra e scioglimento di promiscuità . . 420

Capo II. *Della reintegra amministrativa, e delle condizioni necessarie ad esercitarla* . . . 422

§. CCXLI. Scopo ed obbietto di tale azione . 423

§. CCXLII. Principio prudenziale che debbe guidare il funzionario nell'ammetterla, quando trattasi di antiche occupazioni . . . . . 424

§. CCXLIII. Vicende di quest'azione dal 1816 in poi fino al presente. Rescritto del 19 febbraio 1826 . . . 426

§. CCXLIV. Sua indole possessoria. Per la sua ammissibilità è necessaria la doppia prova del possesso e della occupazione. 428

§. CCXLV. La pruova del possesso da parte del Comune dee inchiuder quella del possesso del fondo in qualità di demanio comunale . . . . . 429

§. CCXLVI. L'occupazione può presumersi ed in qual caso; non mai quando il possessore abbia titoli. Vi bisogna allora una pruova che la dimostri . . 431

§. CCXLVII. Con quali forme vi si dee procedere? Principio essenziale della pubblicità. 434

§. CCXLVIII. Corollari giuridici che discendono da questo principio . . . . . 435

§. CCLXIX. Quando dal Comune si è agito in petitorio, non si può più agire per reintegra . . . . . 436

§. CCL. Se la reintegra venga intentata dal privato contro il Comune, diventa un'azione civile di competenza ordinaria. Rescritto . . . . . 437

§. CCLI. In pendenza dell'azione di reintegra amministrativa, il giudizio per sequestro conservatorio dei frutti è di competenza ordinaria. Rescritto . . 440

§. CCLII. Lo stesso è a dirsi dei giudizi sulle quote demaniali tra i quotisti, qualunque sia la loro natura. Rescritto. 442

Capo III. *Dello scioglimento di promiscuità e sua corrispondente azione* . . . . . 444

§. CCLIII. Differenza tra la reintegra e lo scioglimento di promiscuità Gli usi a tito-

servitù o condominio son la base di questa seconda azione . . . 445
§. CCLIV. In che consistono tali usi: loro triplice specie . . . . . 446
§. CCLV. Scala estimativa pel compensamento proporzionale nella ripartizione . . 447
§. CCLVI. Duplice specie di azione nascente dalla promiscuità. L'Intendente è competente solo in possessorio, e senza pregiudizio del petitorio. Rescritto . 448
§. CCLVII. Ma la giurisdizione dell'Intendente non può esercitarsi che nel solo caso dell'attualità di possesso. Rescritto . 450
§. CCLVIII. Cessa la delegazione straordinaria dell'Intendente per ogni altra azione diversa dal giudizio possessorio per scioglimento. . . . . 455
§. CCLIX. Le contese di confini tra i Comuni sono di competenza amministrativa, specialmente quando risolvono quistioni di promiscuità tra i municipi stessi. 458
§. CCLX. Una decisione di confinazione però non può mai pregiudicare un dritto di proprietà privata. . . . . 459
TITOLO VI. PRINCIPJ DELLA COMPETENZA IN ORDINE AGLI ATTI AMMINISTRATIVI . . . . . 461
CAPO I. *Carattere dell' atto amministrativo e base della competenza* . . . . . ib.
§. CCLXI. Transizione. Che cosa debba intendersi per atto amministrativo . . . 463
§. CCLXII. Duplice suo carattere essenziale, di amministrazione pubblica e di gestione. 464
§. CCLXIII. Gli atti di gestione patrimoniale sono

lo di anche amministrativi, perchè risguardano un oggetto di pubblica amministrazione . . . . . 466
§. CCLXIV. Inapplicabilità della giurisprudenza francese tra noi su tal punto . . 467
§. CCLXV. Esemplificazione degli atti amministrativi. 469
§. CCLXVI. Distinzione tra le quistioni intrinseche ed estrinseche all'atto. La competenza amministrativa comprende tutte le quistioni intrinseche, cioè quelle di legalità, validità ed interpetrazione dell'atto . . . . . 470
§. CCLXVII. Che cosa debba intendersi per quistioni di legalità dell'atto amministrativo. 472
§. CCLXVIII. Che cosa debba intendersi per validità: sua differenza dalla legalità . . 474
§. CCLXIX. L'interpetrazione risguarda le quistioni circa il senso ed il contenuto dell'atto. Distinzione sanzionata da un rescritto del 1823 . . . . . 475
§. CCLXX. Ben si comprende che la competenza per ragione dell'atto amministrativo, non può aver luogo in caso di contratto verbale . . . . . 477
§. CCLXXI. Ma la competenza in ordine agli atti amministrativi non può risguardare che le sole azioni civili personali, non mai quelle di proprietà . . 479
§. CCLXXII. Quando si dubita della legalità, validità o interpetrazione di un atto amministrativo che può influire sulla contesa di proprietà, la quistione pregiudiziale sull'atto è di competenza am-

ministrativa . . . . . 481

Capo II. *Sviluppo ed applicazione dei principi a vari casi di giurisprudenza* . . . . . 483

Sezione I. *Casi d' interpetrazione e risoluzioni conformi* . . . . . ib.

§. CCLXXIII. L' esecuzione pura di un atto o di un contratto amministrativo non è quistione d' interpetrazione . . 484

§. CCLXXIV. Rientra nella esecuzione, non già nella interpetrazione l'esaminare se sieno state adempiute le condizioni di un atto amministrativo . . 486

§. CCLXXV. Non muta l' indole di quistione di esecuzione il dubbio mosso da una parte, se il senso dell'atto è chiaro. 488

§. CCLXXVI. Non è così quando si tratti di vedere quali sieno i veri patti del contratto. 490

§. CCLXXVII. *Quid* intorno all' azione civile di escomputo, quando vi è su di ciò un patto espresso nel contratto? . 491

§. CCLXXVIII. Allorquando poi non ci ha verun patto sull'escomputo, l'azione é puramente civile e di competenza ordinaria. Rescritti . . . . 493

§. CCLXXIX. È anche ordinaria la competenza nel caso di azioni nascenti dalla tacita riconduzione . . . . 496

§. CCLXXX. Non vi è competenza amministrativa quando l' atto, della cui interpetrazione si disputa, non abbia i caratteri di atto amministrativo, ancorchè la pubblica amministrazione sia in giudizio . . . . 497

§. CCLXXXI. Neanche è amministrativo il giudizio quando l'atto, ancorchè amministrativo, non possa avere, con la sua interpetrazione, veruna influenza sulla contesa per sè stessa civile. 498

Sezione II. *Applicazione dei principi alle quistioni di legalità degli atti* . . . . 501

§. CCLXXXII. Quando con azione principale si attacca l'atto per mancanza di solenni, non vi è semplice azione civile, ma quistione di legalità, di competenza amministrativa . 502

§. CCLXXXIII. Se la quistione di legalità sorga come quistione incidentale in un giudizio civile, il giudice ordinario debbe soprassedere sino alla decisione del giudice amministrativo. 504

Sezione III. *Applicazione ai casi di validità o invalidità degli atti amministrativi* . . 508

§. CCLXXXIV. Quando l'atto amministrativo non viene impugnato, ma si disputi delle sue conseguenze civili, non vi è quistione di validità . . 509

§. CCLXXXV. Non vi è competenza eccezionale allorchè non si domanda direttamente la nullità dell'atto, ma vien questa come una conseguenza dell'azione civile . . . . 510

§. CCLXXXVI. Non così se l'azione civile dipenda dalla quistione circa la potestà dell'amministrazione . . . 512

§. CCLXXXVII. Una quistione che in sè stessa importi esame del potere dell'am-

ministrazione, è una quistione di validità . . . . . 514

§. CCLXXXVIII. Non così per l'azione di danno contro un agente o incaricato dell'amministrazione . . . 516

§. CCLXXXIX. È anche una quistione di validità quella che versa sulla giustizia o ingiustizia dell'atto amministrativo. 521

§. CCXC. Non così per l'azione di convalida di sequestro, in forza di un atto amministrativo che non s'impugna. 522

§. CCXCI. È civile l'azione per pagamento di arretrati di canone . . . 524

§. CCXCII. È lo stesso ove si quistioni se un titolo sia esecutivo. Ma non già se si domandi la sua nullità per errore . . . . . 526

CCXCIII. È lo stesso per l'azione di scioglimento del contratto per mancanza di cosa locata . . . . 528

CAPO III. *Applicazione speciale dei principî agli atti di autorizzazione amministrativa per opifici incomodi o insalubri* . . . . . 530

§. CCXCIV. L'atto amministrativo di autorizzazione è sempre subordinato alla salvezza del dritto altrui . 531

§. CCXCV. L'azione per danni cagionati da un opificio anche autorizzato non importa quistione di validità dell'atto amministrativo . . 532

§. CCXCVI. Se però il giudice civile ordinasse la demolizione dell'opificio autorizzato, giudicherebbe della vali-

dità dell'atto amministrativo . . 533

§. CCXCVII. Quando la valutazione del danno traesse una quistione di legalità o di senso dell'atto, cesserebbe la competenza ordinaria: non così se l'esame cade sulla esecuzione dell'atto . 535

§. CCXCVIII. Per quali danni si può avere azione?— Distinzione tra il danno materiale e la semplice diminuzione di lucro. Rinvio. 536

§. CCXCIX. Nell'idea del danno materiale va compreso ancora il depreziamento di valore della proprietà. . . . 537

*PARTE II.* — TITOLO UNICO. IMPORTANZA, PROCEDIMENTO, DECISIONE ED EFFETTI DEI CONFLITTI DI ATTRIBUZIONE . . . . . 541

CAPO I. *Idee preliminari sulla importanza dei conflitti e delle loro forme* . . . . . ib.

§. CCC. Differenza tra i conflitti di giurisdizione e quelli di attribuzione . . 542

§. CCCI. La legislazione su i conflitti di attribuzione è la sanzione del principio di separazione ed indipendenza tra le due gerarchie amministrativa e giudiziaria. 543

§. CCCII. Le forme di procedimento pei conflitti di attribuzione sono di dritto e di ordine pubblico. . . . . 545

§. CCCIII. A chi la legge affida la potestà di elevare i conflitti secondo le forme volute. 547

§. CCCIV. L'autorità giudiziaria può soltanto provocare un conflitto, ma non ha potestà di elevarlo . . . . . 549

§. CCCV. In qual senso debbe intendersi l'obbligo di elevare il conflitto da parte del-

l' intendente . . . . . 550
§. CCCVI. A chi appartenga decidere su i conflitti di attribuzione . . . . . 551
§. CCCVII. Quale sia la natura speciale dell' atto con cui si scioglie sovranamente il conflitto . . . . . 552
§. CCCVIII. Specie e denominazioni dei conflitti di attribuzioni . . . . . 554
§. CCCIX. Testo del decreto del 16 settembre 1810. 555
§. CCCX. Testo del decreto del dì 8 ottobre 1825. 558
Capo II. *Del conflitto positivo e della sua istruzione* . 559
Sezione II. *Forme del conflitto e loro necessità.* . ib.
§. CCCXI. Forme di procedimento per la elevazione del conflitto, e loro distinzione . 560
§. CCCXII. Nullità implicita derivante dalla missione di tali forme . . . . . 561
§. CCCXIII. Se possano gli stessi tribunali aver potestà di giudicare sulla validità dell' atto di conflitto, e procedere oltre nel giudizio quando esso sia irregolare . . . . . ib.
§. CCCXIV. Quando il conflitto interessi una pubblica amministrazione, gli atti corrispondenti debbono provocarsi dai loro rappresentanti . . . . 564
§. CCCXV. Tre sono gli atti sostanziali e necessari di tutto il procedimento relativo alla elevazione del conflitto . . 565
§. CCCXVI. Le forme sostanziali volute dalla legge non possono essere supplite. Conseguenze . . . . . 567
§. CCCXVII. Autorità degli scrittori sul proposito, e giurisprudenza del Consiglio di Sta-

to in Francia . . . . . 568
§. CCCXVIII. La nuova giurisprudenza amministrativa ha proclamato lo stesso principio rigoroso circa la necessità delle forme indicate. Parere del Supremo Consiglio di Cancelleria . . . 571
§. CCCXIX. Altro Rescritto che consacra il principio medesimo, nella causa tra il Marchese Sortino ed il Demanio . . 573
§. CCCXX. Terzo Rescritto del 14 maggio 1820 . 575
Sezione II. *Innanzi a quali giurisdizioni può elevarsi il conflitto* . . . . . 576
§. CCCXXI. Innanzi alle giurisdizioni prive del ministero pubblico, non può, secondo la giurisprudenza Francese, elevarsi legalmente un conflitto di attribuzione. 577
§. CCCXXII. Ben diverso è il principio adottato dal nostro decreto del 1810 . . . 579
§. CCCXXIII. Può forse il conflitto elevarsi nel solo grado di giurisdizione ordinario, ovvero anche straordinario? Sistema seguito dalla giurisprudenza francese. 581
§. CCCXXIV. Innovazione fatta tra noi a questo principio, in virtù del decreto del 1825. 582
Sezione III. *Condizioni indispensabili per elevar legalmente il conflitto.* . . . . . 584
§. CCCXXV. Il conflitto non potrebbe mai elevarsi violando la cosa giudicata. Opinione e ragione che ne dà l'Echaniz. . 585
§. CCCXXVI. Grave considerazione che giustifica la inviolabilità di questo principio . 587
§. CCCXXVII. Sovrani rescritti che fra noi hanno consecrata la inviolabilità del giudicato. 588

§. CCCXXVIII. Quando non si promuove in primo grado, ma in uno stadio successivo, il conflitto s'impegna solamente col giudice che debbe pronunziare, non con quello che ha pronunziato . . . . . 589

§. CCCXXIX. Lo stesso decreto del 1825 sta a confermare il principio mentovato . 591

§. CCCXXX. Ma questo principio ha luogo nel solo caso che si rinnovi la pendenza di lite nel grado superiore; o in altri termini, quando vi sia un gravame . . . . . 592

§. CCCXXXI. In ogni stadio che sia, è sempre necessaria l'osservanza delle tre forme sostanziali . . . . . 593

§. CCCXXXII. *Quid* se il conflitto si elevi in grado di annullamento . . . . 594

§. CCCXXXIII. Rescritto che decide potersi dall'Intendente elevar *de plano* il conflitto innanzi alla Suprema Corte, senza provocare la deliberazione sulla competenza. . . . . 596

§. CCCXXXIV. Osservazioni in senso opposto al mentovato rescritto . . . . . 598

§. CCCXXXV. Considerazioni della Reale Consulta di Sicilia in un caso simigliante . 599

§. CCCXXXVI. Ragioni dimostranti che non altrimenti può risolversi il quesito preposto. 603

§. CCCXXXVII. Suuto dei principi esposti, i quali costituiscono i canoni regolatori della materia . . . . . 606

Sezione IV. *Effetti della dichiarazione di conflitto* . 607

§. CCCXXXVIII. L'ordinanza con cui si eleva il conflitto dall'autorità amministrativa, sospende ogni atto giurisdizionale di ambe le gerarchie, sotto pena di nullità . . 608

§. CCCXXXIX. Il precetto della sospensione va anche applicato alle sentenze o decisioni pronunziate anteriormente al conflitto . . . 611

§. CCCXL. Il tribunale contro cui si rivendica la competenza, non potrebbe posteriormente al conflitto, riconoscere la propria incompetenza. 614

§. CCCXLI. L'autorità amministrativa del pari non potrebbe più ritrattare il conflitto . . . . . 616

§. CCCXLII. Nè si potrebbe fare alcuna ingiunzione o divieto dall'intendente all'autorità giudiziaria . . 618

§. CCCXLIII. Il principio della sospensione nondimeno non riguarda gli atti conservatori delle parti. . . ib.

CAPO III. *Del conflitto negativo di attribuzione e delle sue forme* . . . . . 620

§. CCCXLIV. Che cosa debbe intendersi per conflitto negativo. Silenzio della legge sul proposito . . . 621

§. CCCXLV. Quali vie sono aperte per ristabilire il corso della giustizia interrotto dal conflitto negativo . 622

§. CCCXLVI. Vi è forse necessità di ricorrere preventivamente per via diretta nell'ordine gerarchico, contro

una delle decisioni? Antica legislazione francese. . . . 623
§. CCCXLVII. Giurisprudenza contraria della corte di cassazione . . . . . 624
§. CCCXLVIII. Nel conflitto negativo di attribuzione si può direttamente ricorrere alla via di regolamento di competenza. 625
§. CCCXLIX. Autorità competente a sciogliere il conflitto negativo di attribuzione . 627
§. CCCL. Forme richieste per lo scioglimento del conflitto negativo . . . ib.
Capo IV. *Della decisione sul conflitto, e suoi effetti* . 630
§. CCCLI. Mancanza di termini per la sovrana decisione sul conflitto, e loro necessità. Sistema adottato dalle leggi francesi . . . . . 631
§. CCCLII. Simile mancanza di forme determinate per la decisione di scioglimento del conflitto . . . . . 634
§. CCCLIII. Effetti generali della decisione emessa sovranamente sul conflitto . 636
§. CCCLIV. Se la indicazione di un'autorità speciale, fatta dalla decisione del conflitto, possa legar le parti . . 637
§. CCCLV. La decisione sul conflitto impedisce che il magistrato, cui la competenza è attribuita, riesamini la quistione di attribuzione . . . . 640
§. CCCLVI. Purchè non sopravvengano nuovi elementi nel giudizio; ovvero si tratti di quistioni non contemplate dalla decisione sul conflitto . . 641
§. CCCLVII. La decisione del conflitto elevato in

grado di appello non rianima la lite che nel solo interesse di chi si è gravato . . . . . 643

§. CCCLVIII. Lo stesso è a dirsi nel caso di ricorso per annullamento . . 645

§. CCCLIX. Lo stesso avviene nel giudizio di opposizione di terzo . . . 646

§. CCCLX. Questo principio riceve eccezione nel caso soltanto di causa individua . 647

§. CCCLXI. Sviluppo circa il principio della indivisibilità dei giudizi, e sua limitazione . . . . . 648

FINE

547277 SBN

Digitized by Google

Digitized by Google

Digitized by Google

Digitized by Google

Digitized by Google